

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

CHERRANEA SORRANÉLE COSTA GAMA

**AÇÕES AFIRMATIVAS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: A QUESTÃO DAS
COTAS PARA NEGROS NO SERVIÇO PÚBLICO**

FLORIANÓPOLIS

2013

CHERRANEA SORRANÉLE COSTA GAMA

**AÇÕES AFIRMATIVAS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: A QUESTÃO DAS
COTAS PARA NEGROS NO SERVIÇO PÚBLICO**

Trabalho de Conclusão de Curso
submetido ao Curso de Graduação
em Direito da Universidade Federal de
Santa Catarina – UFSC, na área de
Direito Constitucional.

Orientador: Matheus Felipe de Castro

FLORIANÓPOLIS

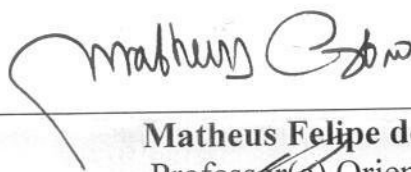
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

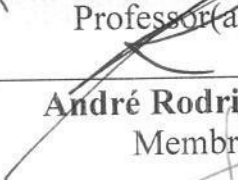
TERMO DE APROVAÇÃO

(A presente monografia intitulada "**As ações afirmativas e o princípio da igualdade: a questão das cotas para negros no Serviço Público**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Cherranea Sorranéle Costa Gama**, defendida em **04/12/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

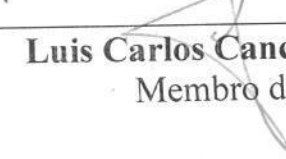
Florianópolis, 4 de Dezembro de 2013



Matheus Felipe de Castro
Professor(a) Orientador(a)



André Rodrigues de Oliveira
Membro de Banca



Luis Carlos Cancellier de Olivo
Membro de Banca

“Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades” (Boaventura dos Santos)

AGRADECIMENTOS

A meu Pai Oxalá e meus guias espirituais por me permitirem realizar o sonho de me formar em uma universidade federal;

Meu pai Sidney, pelas inúmeras conversas desde a infância em que me mostrava que o estudo é a melhor e mais prazerosa forma de vencer na vida e obter satisfação pessoal e profissional. Por sempre incentivar meus estudos e me amar, silenciosamente;

Minha Mãe Simone, sempre disposta a comprar meus livros da graduação e pela vontade de me ver sempre bonita e feliz;

Meu irmão Ludjã, o “Bebê di Mana” mais lindo desse mundo, o qual tenho Amor Incondicional e agradeço todas as manhãs por ter esse anjo como irmão;

Meu noivo Charles Viccari, pela garra de trabalhar por dois para me propiciar melhores condições de estudo no intuito de alcançarmos um futuro digno. Meu amor, obrigada por fazer parte da minha vida!!

A minha prima Karina Maria da Costa, que com seu jeito extrovertido me ensina a olhar a vida pelo lado positivo e por demonstrar tamanho amor e lealdade para comigo;

A minha sogra Maria Viccari, sempre disposta a me ajudar nas inúmeras impressões de trabalhos e livros durante toda a graduação.

Meus familiares Joaquina, Edlinger, Karina, Hagata, Vitória e Ohana, por serem meu exemplo de família e pelo amor e carinho que tem por mim, serei eternamente grata.

Minhas amigas de Faculdade, Bruna Guzzatti e Bruna Lino, que compartilharam as angústias e alegrias que os anos de faculdade trouxeram;

As pessoas que não sabem que existo, mas que me inspiram a estudar e chegar ao meu objetivo final que é ser a primeira juíza negra do Estado de

Santa Catarina, dentre elas: a primeira juíza negra do Brasil Luislinda Valois e Ministro Joaquim Barbosa;

Por último, a meu orientador Matheus Felipe de Castro, a quem tive o prazer de ter como professor e pela gratidão de aceitar o convite de me auxiliar neste trabalho de conclusão de curso.

RESUMO

O presente estudo analisa a questão das ações afirmativas de cotas para negros no serviço público. Objetiva-se demonstrar que o acesso a cargos públicos de grande prestígio ainda é um sonho que está longe de ser concretizado no Brasil. Para analisarmos a situação atual dos negros no Brasil é preciso fazer um retrospecto histórico desde as grandes navegações, onde os portugueses vislumbraram a possibilidade de dominar outras terras, até a formação do processo de escravização da raça negra da África do Sul. Escravização essa que perdurou muitos anos e foi abolida no Brasil em 1888, com a Lei Áurea. Contudo, esta Lei não teve o condão de promover ações afirmativas de inclusão da raça negra no mercado de trabalho e bancos escolares. Diante da situação, a análise do princípio constitucional da igualdade, consagrado no artigo 5º caput da Constituição Federal de 1988, se faz necessária como base legal para implementação do sistema de cotas nas universidades e serviço público.

Palavras-chave: ações afirmativas, cotas, negros, igualdade

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A QUESTÃO DO NEGRO NO BRASIL	9
2 Das Grandes Navegações ao Escravismo Colonial	9
1.2 Abolição à Brasileira e a Questão Subalterna dos Negros no Brasil	17
2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE	23
2.1 Princípios Constitucionais	23
O Princípio Constitucional da Igualdade	28
2.2 O princípio na Igualdade na Constituição Brasileira de 1988	36
3 A POLÍTICA DE AÇÕES AFIRMATIVAS	41
3.1 Ações Afirmativas nos Estados Unidos	41
3.2 Ações Afirmativas no Ordenamento Jurídico Brasileiro	44
3.3 A Constitucionalidade do Sistema de Cotas Brasileiro	53
3.4 Ações Afirmativas de Cotas para Negros no Serviço Público Brasileiro	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

O tema ações afirmativas de cotas para negros é sempre muito polêmico já que vivemos com o mito da democracia racial de que não há preconceito racial no Brasil. O tema inova já que trata das políticas afirmativas no serviço público brasileiro, local que, infelizmente, é visível o baixo número de negros.

Partindo especificamente para os capítulos do trabalho de conclusão de curso, o primeiro capítulo apresenta-se como um retrospecto histórico para que entender a história dos negros no Brasil. História marcada por muito sofrimento, mortes, sangue e dor desde a retirada deste povo de seu continente, de sua família, até a chegada ao Brasil para tornarem-se escravos da burguesia da época.

O segundo capítulo, elemento essencial para a demonstração da necessidade de implementação das ações afirmativas de cotas para negros, já que é estudado afundo o princípio da igualdade. O princípio da igualdade é detalhado desde seu surgimento, sua concepção estritamente formal e abstrata, até a necessidade de implementação de uma igualdade material, que pudesse olhar as pessoas sob o ponto de vista de suas singularidades, desempenhando função constitucional de extrema importância para as políticas de ações afirmativas estatais, no intuito de promover a igualdade entre brancos e negros.

O terceiro e último capítulo alia a história dos negros brasileiros, tidos como raça subalterna, disposto no primeiro capítulo e da necessidade da análise do princípio da igualdade em seu duplo viés, formal e material, disposto no segundo capítulo. Defende-se que as ações afirmativas de cotas para negros são totalmente constitucionais, usando por base o artigo 5.º de nosso texto constitucional, e também como uma maneira de compensar as desigualdades históricas e culturais sofridas pelo povo negro e também para a redistribuição da educação e empregos, que ainda assim, mais de 120 anos após a abolição da escravidão apresenta uma visível disparidade.

1. A QUESTÃO DOS NEGROS NO BRASIL

História é o estudo das ações humanas ao longo do tempo e em um determinado espaço geográfico (VICENTINO; DORIGO, 2011 p. 17). Para que possamos entender o momento atual dos negros no Brasil, devemos retornar ao passado por uma breve análise histórica, no intuito de buscar as raízes dos problemas atuais relacionados aos negros.

Cabe ressaltar que adotaremos, neste trabalho, uma visão clássica da história. Sabemos que houve diversos outros povos participantes do sistema escravista – ingleses, holandeses, entre outros – contudo, dar-se-á ênfase à colonização portuguesa, por ser a mais atuante.

1.1.1 DAS GRANDES NAVEGAÇÕES AO ESCRAVISMO COLONIAL

As Grandes Navegações tiveram início com o declínio do Feudalismo, na crise do século XV. Tinha por objetivo expandir mercados, procurar materiais preciosos, especiarias, gêneros agrícolas.

Neste sentido, Portugal – que havia realizado a Revolução de Avis em 1385 – centralizou-se politicamente ainda na Idade Média, sendo, por isso, pioneiro na Expansão Marítima.

Os portugueses lançaram-se ao mar e, com o aporte técnico-científico da Escola de Sagres, obtiveram êxito rapidamente, dominando os mares – em especial o Oceano Atlântico.

Logo descobriram novas terras. Aportaram no Brasil em abril de 1500. Inicialmente a colonização portuguesa foi efêmera, constituindo-se basicamente em expedições guarda-costas. Todavia, com as ameaças espanhola e inglesa, nossos colonizadores implantaram o sistema de capitanias hereditárias.

O sistema de colonização dividiu o Brasil em 15 capitanias. Aqui se iniciam as diferenças político-econômicas entre América Anglo-Saxônica e América Latina. Enquanto Canadá e EUA constituíram-se em colônias de povoamento – com exceção do sul dos EUA – nós, latino-americanos, fomos subjugados à categoria de colônia de exploração.

No caso brasileiro, Portugal objetivava extrair ouro e prata, bem como implantar o sistema de plantation (monocultura de exportação). Para tanto, fazia-se necessário uma extensa mão de obra.

De início optou-se pela escravização indígena, sendo esta conduta abonada pela igreja católica através do conceito de guerra justa:

“O conceito de guerra justa legitima o uso da força e a imposição de trabalhos aos indígenas que fossem hostis com os colonos e resistentes à conversão católica e ao aldeamento. A dominação indígena também poderia ocorrer em relação aos chamados índios resgatados, indígenas que haviam sido feitos cativos por outros grupos indígenas” (VICENTINO; DORIGO, 2011 P. 260).

Contudo, houve declínio deste modo de escravidão devido à expulsão de índios, com sua dizimação física e cultural. Os indígenas interiorizaram-se no Brasil, de forma a fugir dos bandeirantes.

A escravidão negra logo tratara de suprir essa lacuna servil. Cumpriria papel fundamental, não só como fator braçal, mas também como um importante produto comercial – extremamente lucrativo.

Para entendermos o sistema escravista adotado no Brasil devemos fazer uma breve retomada histórica ao continente africano.

“Conhecer a história da África é fundamental para entender como foi possível que milhões de homens, mulheres e crianças fossem aprisionados e trazidos nos porões de navios destinados às Américas. Por isso, para compreendermos a trajetória dos negros brasileiros é preciso saber como e por que o continente africano se tornou o maior centro de dispersão populacional do mundo moderno.” (ALBUQUERQUE, 2006, p. 13).

Havia na África civilizações extremamente complexas, tais quais a romana ou a grega – tidas como exemplos tanto na economia quanto na política. Reinos, impérios, cidades-estado destacavam-se – muitas vezes à

frente das cidades europeias ditas de vanguarda. O império do Mali e o do Kongo são claros exemplos. Contavam com ruas largas, estrutura sócio-política bem definida, com governantes eleitos pelo povo.

Estas sociedades, entretanto, viviam em constante processo de expansão-retração, o que propiciava o movimento de pessoas, disputa por rotas comerciais, acesso a rios; a gerar guerras e, consequentemente, a subjugação de um povo ao outro.

Os vencedores escolhiam alguns membros da cidade derrotada para tornarem-se seus escravos. Fato esse que deu início à escravidão doméstica, na qual aproveitava-se a força de trabalho do aprisionado – geralmente na agricultura familiar. (ALBUQUERQUE, 2006 p. 15).

Mas nem só em guerras eram obtidos os escravos. Muitos criminosos eram submetidos ao cativeiro como forma de punição. Além disso, quando a fome e a seca se alastravam pelas cidades, famílias utilizavam desse sistema como forma de evitar sua própria extinção, trocando algum membro da família por comida – um recurso extremo, mas necessário à sobrevivência.

Conforme Albuquerque (2006, p.15), sentenciar alguém à escravidão era, acima de tudo, desenraizá-lo e desonrá-lo.

Os portugueses, que já navegavam pela costa da África, atracaram suas caravelas naquele continente em busca de riquezas minerais. Os primeiros contatos não foram amistosos; flechas e mosquetes duelaram trazendo baixas a ambas as partes. Contudo, o contato verbal logo foi estabelecido, haja vista os portugueses carregarem intérpretes em suas tripulações.

Os portugueses não conseguiram ouro, mas obtiveram outro comércio tão vantajoso quanto: abasteceram seus navios com escravos. Estabelecido este contato inicial, os negócios com os africanos foram crescendo. Para facilitar as trocas comerciais e evitar fugas de escravos, os portugueses construíram entrepostos comerciais.

Este comércio tomou proporções grandiosas, como relata Albuquerque (2006, p. 24):

“Para os portugueses, com a prosperidade dos negócios, era urgente o estabelecimento de mais feitorias no litoral africano, fortalezas muradas e protegidas com canhões que desencorajassem a aproximação de outros europeus e abrigassem mercadorias, inclusive escravos. O castelo de São Jorge da Mina foi a mais importante delas. Em 1482, onde hoje é a República de Gana, foi erguida a sólida construção feita de pedra e cal, do mesmo modo que as edificações europeias.

A suntuosidade do castelo de São Jorge da Mina deixava claro o objetivo dos portugueses: era nítido que lá pretendiam permanecer por muito tempo. Decorridos oito anos a fortaleza estava pronta, protegida por fossos, torres e canhões e com capacidade para abrigar até mil prisioneiros. Depois de consolidados no continente africano, com entrepostos comerciais ao longo da costa dando suporte à navegação de cabotagem, os portugueses partiram para a segunda etapa de seu projeto colonialista: o tráfico transatlântico.

O tráfico africano era um negócio complexo e extremamente lucrativo. Uma extensa cadeia de participantes envolvia-se na participação e cooperação, incluía-se desde os pequenos comerciantes aos chefes tribais e políticos. Estimativas relatam em 75% dos escravos trazidos à América como sendo vítimas de guerras entre os africanos. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 26).

Os portugueses perceberam a lucratividade desse comércio, pois eram os próprios moradores que lutavam entre si. Muitas vezes forjavam guerras com o único objetivo de fomentar a obtenção de escravos. Entretanto, conforme Vicentino; Dorigo (2010, p. 276).

“Na África, enquanto isso, o tráfico provocava grande destruição. Nas guerras intertribais, que passaram a ser estimuladas pelos traficantes, os que não morriam eram escravizados pelos chefes vencedores e vendidos nos portos. Os chefes locais africanos, denominados *sobas*, vendo aí uma grande fonte de ganhos, passaram a capturar seus conterrâneos e negociá-los com os traficantes em troca de fumo, tecidos, cachaça, armas, joias, vidros e outros produtos.”

Depois de presos nas guerras tribais, os escravos eram cooptados pelos portugueses. Levados aos mercados presos pelo pescoço uns aos outros, aguardavam seus compradores, muitas vezes por meses. A moeda de troca era, geralmente, o fumo de rolo. (ALBUQUERQUE, 2006 p. 28).

Com a crescente demanda de mão de obra da colônia portuguesa, o Brasil, além de se beneficiar com o atendimento as suas necessidades, manteve-se ligado umbilicalmente à África. De acordo com Albuquerque (2006, p. 39) “estima-se que mais de 11 milhões de africanos chegaram à América na condição de escravos, entre os séculos XVI e meados do XIX. Não se computa nessa conta aqueles que não sobreviveram à difícil jornada entre continentes”.

No Brasil, os escravos eram submetidos a trabalhos extenuantes, maus-tratos, condições precárias de vida. Com isso, a expectativa de vida era baixa e a mortalidade infantil altíssima. O que para os escravos era uma situação caótica, para os traficantes consistia em ambiente favorável, pois cabia a estes repor as perdas de escravos, seja por morte, fuga ou alforria (que apesar de rara, constituía um fator de “mercado”).

A mão de obra indígena, inicialmente utilizada na extração de Pau-Brasil e cultivo de cana foi substituída pelo “negro da Guiné”. Dentre os fatores que levaram à substituição do “negro da terra” (índio) pelo negro da guiné, destacam-se: as epidemias, que dizimaram os nativos; a fuga dos índios para o interior e, conseqüentemente, aumento dos custos de captura e transporte; o fato de não gerar lucro à metrópole, pois a captura de índios era atividade exclusivamente interna; bem como o fato de que nenhuma tribo se estabeleceu como fornecedora regular de escravos. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 40)

Até ser proibido, teoricamente, em 1850, o tráfico transatlântico produziu fortunas no Brasil. Traficantes moravam em residências luxuosas, exibiam suas riquezas e ocupavam cargos políticos, sendo considerados – ironicamente – os “homens bons” da elite.

De um lado a riqueza. Do outro a tristeza e a dor. A travessia atlântica consistiu numa das mais cruéis formas de tratamento humano já vista.

Desde a jornada do interior das regiões africanas, passando pelos portos na costa africana, até a chegada à costa brasileira, o tratamento despendido aos cativos era extremamente cruel.

“O escravo apresado no interior africano era obrigado a percorrer longas distâncias até alcançar os portos de embarque no litoral. Muitos não resistiam à longa caminhada, às doenças e aos maus tratos. Nos portos eram alojados em grandes barracões ou em cercados. Ali permaneciam muitos dias e até meses à espera de que as cargas humanas dos navios fossem completadas e os cativos partissem para um mundo completamente desconhecido. Nesse período de espera, era grande o número de mortes, pois os cativos eram alojados em construções muitas vezes precárias, insalubres, mal ventiladas e pequenas. Em alguns períodos, cerca de 40 por cento dos negros escravizados em Angola pereciam ainda em solo africano. Além das perdas por doenças, temiam que a concentração de escravos nos barracões facilitassem revoltas. (ALBUQUERQUE, 2006 p. 46)

Em suma, o negro era tratado com um animal, tendo sua condição humana furtada da maneira mais mesquinha possível. Fica evidente essa afirmação quando da entrada desses nos navios tumbeiros: eram submetidos à marcação com ferro quente no peito ou nas costas, com sinais que identificassem seus donos.

O lucro máximo era a meta dos traficantes de escravos. Para tanto, só partiam da costa africana com os navios abarrotados de escravos, o que tornava a viagem extremamente insuportável.

A alimentação do escravo resumia-se a uma única refeição por dia, composta por azeite e milho cozido, de acordo com relatos. Como bebiam pouca água, desidratação e desintérias eram comuns durante o trajeto. Some-se a isso o sofrimento por deixarem seus entes familiares e a incerteza do que os esperava dali em diante. Esse foi o modo como o negro chegou ao Brasil. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 48)

Ainda com relação à viagem, relata-se que durava, em média, 35 dias até Pernambuco e 50 dias ao Rio de Janeiro. Isso se os ventos

fossem favoráveis, do contrário o drama era ainda maior, pois a comida era estabelecida de forma a não prever (intencionalmente) desvios do comum.

Estima-se que as mortes nas travessias girassem em torno de 20%, não sendo incomum chegar à 50% de perdas. Além de doenças, revoltas e suicídios colaboravam para o aumento dessas taxas. (ALBUQUERQUE, 2006 p. 50).

A travessia atlântica é brilhantemente narrada por José Lins do Rêgo (2001, p. 72-73), em seu livro “Menino de Engenho”. Nesse Romance, uma ex-escrava relata a Carlinhos, personagem principal, o drama vivido em um navio negreiro quando viera ao Brasil:

“...A velha Galdina era outra coisa. Africana também, de Angola. Viera de lá com uns dez anos. Furtaram-na do pai. Um irmão seu a vendera a compradores de negros, e marcaram-na no rosto a ferro em brasa. Contava a sua viagem de muitos dias: os negros amarrados e os meninos soltos; de dia botavam todos pra tomar sol, onde viam o céu e o mar... A vovó contava que via almas, pássaros brancos batendo asas pelas paredes. Na viagem, estas almas, de noite, ficavam voando por cima dos negros amarrados.

Ao desembarcarem no Brasil, os escravos passavam pelos fiscais da alfândega, que os contavam por sexo e anotavam o número de “crias” (filhos), e seguiam para os leilões. Os que não eram vendidos imediatamente prosseguiam para os armazéns, onde eram alimentados, vacinados e tratados de enfermidades, com o objetivo de facilitar a venda. (ALBUQUERQUE, 2006 p. 51).

O Banzo era a principal preocupação da época. Dizia-se que era a saudade da terra natal, uma doença mental que os deixava deprimidos, letárgicos. Para espantar essa situação, faziam os escravos dançarem, para deixá-los animados.

O mercado de escravos era o local onde os negros eram comercializados. Além dos grandes comerciantes, mascates e tropeiros compravam pequenos lotes para revender no interior do Brasil. Pequenos comerciantes também iam a estes locais para buscar criados. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 56).

Estes locais ficaram marcados na cultura brasileira. Apesar do fim do tráfico negreiro, o mercado de escravos perdurou por um longo tempo. Em vez de escravos, retirantes passaram a ocupar estes locais a fim de oferecerem mão de obra, em busca de empregos. Na Bahia, os fazendeiros do cacau e pequenos comerciantes para lá se dirigiam quando necessitavam de cozinheiras, jagunços e boias-frias. Uma personagem famosa deste cenário é Gabriela, do Romance de Jorge Amado decorrido na década de 1930. A retirante chega ao mercado de escravos após fugir da seca do sertão nordestino. A cena relata Nacib à procura de uma cozinheira, bem como outros coronéis em busca de mão de obra barata. (AMADO, 2012, p. 108)

O período de exploração africana ficou marcado por atos de resistência e rebeldia, como tentativas de assassinato de feitores e senhores, fugas e suicídios. Muitos dos rebeldes fugitivos reagrupavam-se em comunidades negras livres – os quilombos. O Mais importante foi o Quilombo de Palmares, na região do atual estado de Alagoas, liderado por Ganga Zumba e, posteriormente, por Zumbi de Palmares. (VICENTINO; DORIGO, 2010, p. 277)

A importância do negro, infelizmente trazido na condição de escravo, fica evidenciada da seguinte maneira:

“Através do tráfico africano os portugueses puderam colonizar o território que mais tarde passaria a se chamar Brasil. Sem a participação dos africanos dificilmente os portugueses conseguiriam ocupar as terras descobertas no processo de expansão marítima. No século XVI não havia população suficiente em Portugal para levar à frente a ocupação da colônia. Foi através da importação maciça de africanos que os lusitanos conseguiram defender o território da cobiça de outras potências coloniais, que também tinham planos para ocupar e explorar as riquezas tropicais aqui encontradas.” (Albuquerque, 2006 pág. 42)

Segundo Albuquerque (2006, pág. 34), “os negócios do tráfico movimentaram a economia numa dimensão global. Todavia, deixaram um rastro brutal para as sociedades africanas e, conseqüentemente, aos afrodescendentes traficados ao Brasil”.

“Além dos incalculáveis sofrimentos causados pela separação forçada de indivíduos de suas comunidades e famílias, aquele comércio promoveu o esvaziamento demográfico de muitas regiões da África. Ao privar as comunidades de indivíduos adultos,

o tráfico transplantava às Américas algo muito necessário na África: o trabalho do africano.” (Albuquerque, 2006, p. 34 e 35).

Por outro lado, a contribuição cultural deixada pelos africanos contribuiu profundamente para formação de uma identidade nacional, fruto da miscigenação negra com os povos nativos, colonizadores e imigrantes vindouros. A multiplicidade de povos e etnias vindas à força pelo tráfico transformou o país, moldou e coloriu culturalmente através das tradições e costumes africanos.

1.2 ABOLIÇÃO À BRASILEIRA E A QUESTÃO SUBALTERNA DOS NEGROS NO BRASIL

O século XIX representou “a era das emancipações”. Nesse convir, Albuquerque (2006, p. 173) salienta que:

“Naquele século, a escravidão e as demais formas de trabalho forçado, como a servidão na Rússia, foram condenadas e extintas em várias partes da Europa e das Américas. Na Europa, desde fins do século XVIII, surgiram movimentos abolicionistas reivindicando o fim do tráfico e a extinção do trabalho escravo. Aqueles movimentos modificaram o posicionamento dos governos das grandes potências em relação à escravidão em seus domínios coloniais. Por exemplo, foi sob pressão dos abolicionistas que, em 1808, foi abolido o tráfico transatlântico para as colônias inglesas no Caribe e, em 1834, foi abolida a escravidão nessas mesmas colônias.”

Conforme Albuquerque (2006 pág. 175), os negros brasileiros não esperaram passivamente pela sua libertação:

“As duas últimas décadas que antecederam à abolição foram marcadas pelo aumento das fugas e do número de quilombos em todo o Brasil. Veremos que, nesses atos de rebeldia, escravos e escravas agiram avaliando as possibilidades do momento, tirando proveito da crescente desmoralização da escravidão e do sentimento antiescravista que crescia entre a população livre. Procuraram também explorar as possibilidades abertas pela legislação imperial disputando na justiça o direito à liberdade.”

O tráfico de escravos sofria grande pressão para ser abolido, desde o início do século XIX. Externamente, a posição mais agressiva vinha da Inglaterra:

“Em 1807, pressionado por um forte movimento abolicionista dentro de suas fronteiras, o parlamento inglês decretou o fim do tráfico para suas colônias na América e, em 1833, aboliu também a escravidão.” (Albuquerque, 2006 pág. 58).

O príncipe regente, D. João VI, prometeu restringir o tráfico em seus domínios. Em 1815, aprovou-se, no Congresso de Viena, uma proposta que proibia o comércio de escravos ao norte do Equador. Em 1817 a marinha britânica obteve de D. João VI o direito de inspeção à navios suspeitos de tráfico negreiro. Em 1826, a Inglaterra exigiu, como moeda de troca pelo reconhecimento da independência brasileira, o compromisso do governo brasileiro em extinguir o tráfico negreiro. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 58).

Além da pressão dos ingleses, internamente eclodiam manifestações contrárias ao comércio de pessoas, em diversos setores da sociedade.

“Desde o início do século XIX, políticos brasileiros, como José Bonifácio, já vinham manifestando publicamente sua posição favorável à abolição do tráfico. Jornais da época, vez por outra, traziam artigos condenando os horrores daquele negócio.” (Albuquerque, 2006 pág. 58).

Em sete de Novembro de 1831, o parlamento brasileiro aprovou uma lei proibindo a importação de africanos. Todavia, essa não foi implementada de forma rigorosa pelas autoridades. Surgiu aqui a expressão “pra inglês ver”, utilizada quando se faz algo de fachada. O tráfico se intensificou ainda mais. Segundo relata Albuquerque (2006, pág. 59):

“O comércio de gente continuou abertamente no Brasil. Por sinal, a entrada de africanos aumentou significativamente entre 1830 e 1840, estimulada pelo crescimento vertiginoso da cultura cafeeira no sudeste. Estima-se que, nos últimos vinte anos de tráfico ilegal, cerca de um milhão de escravos desembarcou no Brasil. No cálculo dos traficantes e senhores de escravos era preciso abastecer os mercados locais antes que a lei começasse a pegar.”

Diante desta situação, o parlamento inglês, em 1845, tomou uma drástica decisão, a qual previa o apresamento e confisco de qualquer navio suspeito de transportar escravos, mesmo navegando em águas territoriais brasileiras. Este ato ficou conhecido como Bill Aberdeen, em referência a seu autor, ministro inglês. Com a atuação agressiva da marinha britânica, apreendendo e afundando navios brasileiros que traficavam escravos, as relações diplomáticas entre Brasil e Inglaterra ficaram abaladas. (ALBUQUERQUE, 2006, pág. 60).

Diante do impasse diplomático e pelo medo de sublevações escravas, deputados brasileiros aprovaram a Lei Eusébio de Queirós em 4 de setembro de 1850, proibindo definitivamente o tráfico negreiro, pois previa punição rigorosa a quem cometesse tal ato. (Vicentino, 2010, pág. 514).

Com a proibição do tráfico, aumentaram os preços dos escravos e cada vez menos pessoas podiam comprá-los. O tráfico interprovincial ganharia força para suprir esta demanda, visto que os cafeicultores necessitavam de mão de obra. (ALBUQUERQUE, 2006 pág. 174).

A partir da segunda metade do século XIX os movimentos abolicionistas ganharam força e a novas leis surgiram. Para prevenir o acesso a terras desocupadas o governo brasileiro sancionou a Lei de Terras. Neste sentido, relata Vicentino & Dorigo (2010, p. 516) sobre o tema:

“A **Lei de Terras**, aprovada em 1850, foi uma medida decisiva para conter o desvio da mão de obra livre para outras atividades que não a agroexportação. A partir de então, as terras públicas só poderiam tornar-se propriedade privada por meio de compra, e não mais por doação ou posse. Com os preços propositalmente elevados, as terras se tornaram inacessíveis à maioria da população.”

Por conseguinte, segundo os autores, mantinham-se, dessa forma, as bases complementares da economia brasileira e sua dependência internacional, bem como o caráter oligárquico da nossa sociedade.

Ao passar dos anos, era crescente o número de pessoas das mais variadas camadas sociais que passaram a defender – publicamente – o repúdio à escravidão. Nesse sentido, versa Albuquerque (2006 pág. 176):

“ [...] No final dos anos sessenta, ainda que em pequenos grupos, os abolicionistas começaram a agitar os grandes centros urbanos com discursos inflamados exigindo o fim do cativo.”

Pressionado por todos os lados, mas agindo cautelosamente - a fim de agradar abolicionistas e escravistas -, o governo imperial determinou algumas medidas. Em junho de 1865, Pedro II determinou que os escravos condenados a trabalhos forçados não poderiam mais ser castigados com chicote e, no ano seguinte, extinguiu o trabalho de escravos em obras públicas. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 176).

Quatro anos mais tarde, deputados aprovaram uma lei que proibia o leilão de escravos, a separação de marido e esposa e seus filhos, em operações de compra. Em 28 de setembro de 1871, foi aprovada a lei 2040 – **Lei do Ventre Livre**. Por esta lei, os filhos de escravas ficariam livres, sendo que caberia a seus senhores o cuidado até completarem 8 anos de idade. Nesta linha, Albuquerque (2006, pág. 177):

“Por ela ficavam livres as crianças recém-nascidas das mulheres escravas, obrigando seus senhores a cuidarem delas até a idade de oito anos. Daí por diante os senhores poderiam optar entre receber do governo uma indenização de 600 mil réis ou utilizarem o trabalho dos menores até a idade de vinte e um anos.”

Além de libertar os recém-nascidos, a lei criou outros direitos, como a criação de um fundo de emancipação e a matrícula obrigatória dos cativos. Reconhecia ainda o direito ao pecúlio – alforria – pelo qual o escravo podia comprar sua liberdade. Depois dessa lei, inúmeros escravos recorreram à justiça para conseguir a tão sonhada liberdade. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 177).

Alguns núcleos abolicionistas começaram a atuar de forma mais intensa. Destacam-se, neste contexto, Castro Alves, José do Patrocínio, Luiz Gama, Joaquim Nabuco, Rui Barbosa, André Rebouças, entre outros. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 179-180).

Havia divergências quanto ao modo de buscar a abolição. Para alguns deveria ser feita pela via parlamentar, sem participação popular; para outros, o abolicionismo deveria envolver todos – sobretudo escravos. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 182).

Aliada às ações dos clubes abolicionistas, movimentos populares começaram a eclodir. Dentre os mais famosos, destaca-se a ação dos jangadeiros do Ceará. Uma multidão se aglomerou e, em gritos uníssonos, bradava: “No porto do Ceará não se embarcam mais escravos”. Diante de tal ato o tráfico foi extinto nos portos de Fortaleza e o movimento se alastrou pelo Brasil. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 188).

Em 1885 foi aprovada a Lei dos Sexagenários. Tal lei libertava, sob indenização, os escravos com mais de 60 anos de idade. Exigia, ainda, a prestação de serviços por mais alguns anos ao proprietário. (Vicentino, 2010 pág. 522).

A lei foi mais uma piada nacional, pois, devido às péssimas condições de vida e trabalho, eram raros os escravos que chegavam a essa idade. Aqueles que, por ventura, conseguissem alcançar tal feito, estariam submetidos aos infortúnios do mundo, visto que não mais estavam em condição de trabalhar e arcar com seu próprio sustento.

Tal medida acabou por acirrar – ainda mais – as lutas abolicionistas. Diante desse quadro de tensões é que foi promulgada, em 13 de maio de 1888, a **Lei Áurea**. Lei essa que poria fim à escravidão no Brasil. Nesse convir, Albuquerque (2006, p. 194) relata:

“Com dois artigos apenas, a lei colocava fim a uma instituição de mais de três séculos. Por ela os senhores não seriam indenizados, nem se cogitou qualquer forma de reparação aos ex-escravos. Entretanto, a escravidão foi extinta no auge de um movimento popular de grandes proporções.

A Lei Áurea significava, para os ex-escravos, direito de circular livremente pelas cidades, de escolher seu local de trabalho, de ter acesso a terra, de cultuar seus deuses africanos – sobretudo direito de ser cidadão. Todavia, apesar da alegria dos negros em figurarem como cidadãos, nada foi feito por parte do governo, a fim de garantirem-lhe um futuro digno.

A lei áurea esvaziou as senzalas e lançou milhares de homens e mulheres negras nas ruas, sem que o Estado adotasse qualquer medida de amparo e inclusão social a essa massa há tanto tempo escravizada.

A política de “embranqueamento” do povo brasileiro, com a colonização europeia, com a qual cada europeu que quisesse vir ao Brasil expandir a população ganhava um pedaço de terra, agravou ainda mais a situação dos negros libertos. A grande maioria dos colonos europeus ocupou as fazendas do Sul e Sudeste, iniciando o processo de colonização europeia; e o negro, novamente, estaria à margem da sociedade.

Os braços e pernas que forjaram o Brasil, tornado o país na potência econômica hodierna, não mais serviriam. Dessa maneira é que os negros e seus descendentes enfrentariam os séculos seguintes.

2. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios são considerados fontes do direito, desempenhando função fundamental na sociedade política, agregados de valores materiais e formalizados que produzem a regulação política no Estado.

BANDEIRA DE MELLO (1993) conceitua princípio como:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento do princípio que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

A constitucionalista CARMEM ROCHA (1994, p. 25-26) discorre da seguinte maneira:

Os princípios constitucionais são conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentam-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas mestras da grande construção de Direito cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional.

Os princípios constitucionais são dotados de características singulares que os diferem das demais normas constitucionais, entre as quais: generalidade; primariedade; dimensão axiológica; objetividade;

transcendência; atualidade; poliformia; vinculabilidade; aderência; informatividade; complementaridade e normatividade. (ROCHA, 1992, p. 29-43)

A generalidade seria característica, visto que os princípios constitucionais não pontuam especificamente as regulações jurídicas, possibilitando que a Constituição cumpra um papel mais flexível. Considerar-se-ia a primariedade também característica, pois consagram valores sociais primários - muitas vezes as próprias constituições - sendo um ponto de partida de toda elaboração normativa fundamental de um Estado. A característica da dimensão axiológica esboça a ideia de que os princípios não são verdades absolutas, sujeitando-se à mutabilidade no meio sócio-político em que atuam. Dessa característica surgem os processos de mutação constitucional. (ROCHA, 1992, p. 29-43)

A objetividade se revela quando permite aos aplicadores do direito utilizarem determinada norma de maneira objetiva, vinculando seu conteúdo ao que se encontra disposto. Sempre que os conteúdos normativos transcendem ao conjunto literalizado surge a transcendência, além de normatizar comportamentos estatais. Já a atualidade se expressa pelo fato de os princípios poderem se atualizar para manter coerência com o texto constitucional. A atualidade vem à tona quando há coerência entre os princípios constitucionalmente firmados e o ordenamento jurídico, em dado momento histórico. A poliformia significa a multiplicidade de princípios, tornando-se mais fácil a adaptação às novas contingências sociais apresentadas. (ROCHA, 1992, p. 29-43)

A vincularidade se apresenta na ação do legislador constituído e também na própria legitimidade constitucional, eis que os princípios se vinculam a normas jurídicas, dotadas de coercibilidade, constituindo aspectos distintivos das demais normas vigentes na sociedade. A aderência significa que nenhuma norma jurídica poderia ser produzida sem considerar o que é principiologicamente posto na constituição, pois, caso fosse, seriam consideradas inválidas. (ROCHA, 1992, p. 29-43)

Por último, mas não menos importante, as características dos princípios fundamentais da informatividade, complementaridade e normatividade jurídica. A informatividade exprime-se como verdadeira fonte do

direito; assim sendo, todas as regulações jurídicas que adentram no sistema tem principiologia constitucional. A complementaridade dispõe que os princípios formam um todo coordenado, ou seja, um princípio condiciona o outro, sendo que, para seu perfeito entendimento, deve haver um entrosamento entre eles. Por fim, anuncia-se a normatividade jurídica ou juridicização dos princípios constitucionais, que apresenta os princípios constitucionais com qualidade de norma de direito. Por essa característica os princípios são preceitos gerais e abstratos; considerados, portanto, normas jurídicas, como qualquer outra norma dotada de significação de direito. (ROCHA, 1992, p. 29-43)

A juridicidade dos princípios compreendeu três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e, mais recentemente, a pós-positivista. Na fase jusnaturalista, os princípios eram considerados direitos estabelecidos por Deus ou ditados pela razão humana, inspiradores de um ideal de justiça, com dimensão ético-valorativa que fundamentavam o Direito Positivo. No entanto, em razão de terem sido inseridos num plano abstrato, a sua normatividade era, como ressalta o importante autor, duvidosa, uma vez que são constituídos de um valor real. (BONAVIDES, 1998, p.232)

Na fase, denominada juspositivista, os princípios ingressam nos Códigos como fonte subsidiária dos textos legais. Neste momento, a importância da sua carga valorativa não era levada em conta. Dessa forma, são considerados fundamentos do Direito Positivo derivados do próprio Direito Positivo, isto é, das leis, através de sucessivas generalizações. Não são encarados como superiores às leis, já que serviam para suprir algo que a lei não previra. Sua única função era a de suprir os vazios legais. (BONAVIDES 1998, p.235)

Já na atual fase, conhecida como pós-positivista, há hegemonia axiológico-normativa dos princípios que agora se encontram nas novas constituições. Nessa nova perspectiva, os princípios são vistos como normas jurídicas vinculantes e vigentes em determinado momento e lugar, que se materializam e passam a estar acobertados, explícita ou implicitamente, na Constituição. (BONAVIDES, 1998, p. 237).

No entender do autor BONAVIDES (1998, p. 237-238), a evolução dos princípios jurídicos até a fase pós-positivista trouxe a seguinte consolidação:

“A passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios”

Os princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, apresentam valores éticos, políticos e morais - representando grandes pontos de interpretação das normas estabelecidas em nossa Constituição Federal. São verdadeiros embasamentos para o direito que se apresenta sobre diferentes atos normativos. Empregam-se para compreensão e inteligência das normas, sendo considerados superiores às normas, porque determinam a substância do ato pelo qual são executados.

Destarte, os princípios foram interpretados de diferentes maneiras pelos constitucionalistas. Muitos deles fazem distinções entre princípios jurídicos e regras jurídicas. Por mais que ambos sejam normas jurídicas, aduzem que há uma distinção lógica entre eles.

Para distinguir entre regras e princípios, muitos fatores são utilizados. Em relação ao grau de abstração, os princípios são normas com um grau de abstração mais elevado, enquanto que as regras têm sua abstração reduzida. Sendo assim, por serem os princípios indeterminados e vagos, precisam de intervenções para sua real concretização; já as regras, diante de sua precisão, podem ser aplicadas diretamente. Os princípios estabelecem padrões juridicamente vinculantes, estabelecidos em função da justiça ou da própria ideia de direito; as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo apenas funcional (CANOTILHO, 2000, p. 1124).

Para JOSÉ AFONSO DA SILVA (2004, p. 92) “os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são núcleos de condensações nos quais confluem bens e valores constitucionais”. Porquanto, os princípios correntes são totalmente destituídos de normatividade, considerados instrumentos subsidiários direcionados a auxiliar na interpretação dos dispositivos normativos”.

Nesse convir, o literato JUAREZ FREITAS (1998, p.56) faz a distinção entre princípios e regras “não propriamente por generalidades, mas por qualidade argumentativa superior, de modo que, havendo colisão, deve ser realizada uma interpretação em conformidade com os princípios (dada a ‘fundamentabilidade’ dos mesmos) sem que as regras, por supostamente apresentarem fundamentos definitivos, devam ponderar”.

Para ESSER (2009, p. 35)

“[...] princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. Mais do que uma distinção baseada no grau de abstração da prescrição normativa, a diferença entre os princípios e as regras seria uma distinção qualitativa. O critério distintivo dos princípios em relação às regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão.”

Na mesma linha de pensamento, LERENZ (2009, p.35-36) define princípios como “normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento”.

Para o constitucionalista LUIZ FLÁVIO GOMES (2005):

“[...] o Direito se expressa por meio de normas. As normas se exprimem por meio de regras ou princípios. As regras disciplinam uma determinada situação; quando ocorre essa situação, a norma tem incidência; quando não ocorre, não tem incidência. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (Dworkin). Quando duas regras colidem, fala-se em “conflito”; ao caso concreto uma só será aplicável (uma afasta a aplicação da outra). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral, a lei posterior afasta a anterior etc.. Princípios são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele). Seu espectro de incidência é muito mais amplo que o das regras. Entre eles pode haver “colisão”, não conflito. Quando colidem, não se excluem. Como “mandados de otimização” que são (Alexy), sempre podem ter incidência em

casos concretos (às vezes, concomitantemente dois ou mais deles).

Segundo DWORKIN (1997, p. 24), dois são os critérios para a distinção entre princípios e regras. Pelo primeiro critério, chamado de *tudo ou nada*, as regras são aplicáveis de modo absoluto, ou seja, havendo os pressupostos de fato, deverão ser aplicadas. Já os princípios atuam de modo distinto: não se aplicam de maneira automática, mesmo que os pressupostos de fato para aplicação destes se manifestem.

Pelo segundo critério, *peso ou importância*, os princípios possuem dimensões que não são características das regras jurídicas, além de não comportarem exceções. Assim, havendo conflito entre normas, uma delas não será válida, não se podendo ponderar qual seria no caso *in concreto* mais importante que a outra. Diferentemente de quando ocorre conflito entre os princípios, assim, havendo conflito entre eles no caso *in concreto*, deverá ser levado em conta o peso de cada um. O princípio constitucional assume prevalência em relação a outro, não significando uma invalidação, mas sim uma ponderação entre eles em relação ao caso concreto que se apresenta.

Depreende-se, então, que nosso sistema normativo apresenta normas como gênero, sendo os princípios e regras suas espécies. Contudo, um sistema não pode ser formado exclusivamente por regras, nem unicamente por princípios. Por essa razão apresenta-se o sistema aberto, formado por regras e princípios, como a forma mais equilibrada na constituição de um sistema jurídico, para que seja possível acompanhar a constante evolução social.

2.2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

O princípio da igualdade é considerado um dos pilares da democracia moderna. Sua concepção como categoria jurídica surgiu com documentos constitucionais após a égide da Revolução Francesa e

dos movimentos revolucionários norte-americanos. Dentre as conquistas atribuídas pela revolução, destaca-se a incorporação de determinados direitos aos cidadãos, sendo o princípio da igualdade um deles. Na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, a igualdade aparece consubstanciada em diversos artigos, dos quais transcreve-se os seguintes:

“Art. 1º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum. [...] Art. 6º A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”.

Sobre essa etapa, ROCHA (1990, p.35):

Estabelece-se, então, um Direito que se afirma fundado no reconhecimento da igualdade dos homens, igualdade em sua dignidade, em sua condição essencial de ser humano. Positiva-se o princípio da igualdade. A lei diz-se então, será aplicada igualmente a quem sobre ela se encontre submetido. Preceitua-se o princípio da igualdade perante a lei.

O dogma da igualdade, consagrado no viés contratualista do Estado liberal, apoiava-se na igualdade de todos perante a lei. A desigualdade social não era uma questão fundamental para os pensadores liberais. A lei limitava-se a regular a organização estatal e dispor sobre os direitos e liberdades individuais, sem a interferência do estado na vida privada.

A propósito, destaque no voto do Ministro CELSO DE MELLO na Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 31 94, proposta pelo Partido Social Liberal em face de duas leis atinentes ao Ministério Público do Rio Grande do Sul, que versava sobre a constitucionalidade do membro do Ministério Público em realizar certas funções políticas:

*“O Estado Liberal caracteriza-se pela neutralidade assumida na cena econômica e social. A doutrina do *laissez-faire*, *laissez-passer* conferia base ideológica ao liberalismo econômico. O Estado liberal, também denominado Estado Mínimo ou Absenteísta, não intervinha na ordem econômica e social, limitava-se a fiscalizar as atividades de produção. Por isso mesmo foi identificado com *État gendarme*. Os abusos e as iniquidades então*

cometidos constituíam, por uma questão até dogmática, fenômenos incapazes de estimular, no aparelho de Estado, uma resposta apta a solucionar os graves conflitos resultantes das relações sociais. Dentro dessa concepção estreitamente liberal do Estado, insensível ante a questão social, as liberdades clássicas ou negativas tornaram-se conquistas jurídicas e políticas meramente formais. Sob essa perspectiva, a chamada liberdade-autonomia, que impõe ao Estado um dever de abstenção na esfera de atuação dos indivíduos, nenhuma importância passaria a ter se o Estado, previamente, não criasse condições materiais adequadas que satisfizessem as necessidades vitais do indivíduo, como o direito à alimentação, o direito a habitação, o direito à saúde, o direito à educação, etc. Impunha-se ao Estado, portanto, cumprir, em favor das pessoas, uma série de encargos, prestações ou deveres, que adimplidos tornariam possível, o gozo das chamadas liberdades clássicas. Processou-se, daí, uma evolução jurídico-política na própria concepção de Estado. **Do Estado Liberal evoluiu-se para o Estado Social, caracterizando-se este por sua ação interventiva na ordem econômica e social. De simples espectador da cena sócio-econômica, o Estado passou a ser um de seus mais importantes protagonistas. O Estado Social é, nitidamente, um Estado intervencionista.** [...] O estágio de evolução que se encontra o Estado contemporâneo é uma consequência direta do processo histórico de sua transformação [...]. A modernização do Estado reflete, na realidade, as novas tendências que exigem a sua constante atualização. Sem transformações substanciais, que privilegiem a justa solução das graves questões sociais, o Estado terá, certamente, falhado à sua alta missão institucional.” (grifos meus)

A juridicização da igualdade advinda de ideais cristãos da época institucionalizou a máxima igualitarista de que todas as pessoas são dotadas da mesma dignidade. O ideal cristão de que todos são iguais perante a lei foi disposto em termos jurídicos, recriminando fundamentalmente os privilégios de nascimentos e classes.

Nesse convir, PIMENTA BUENO (1987, p. 424) disse

“A lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania”.

A igualdade se apresenta em seu aspecto jurídico-formal, no qual as pessoas são iguais perante o direito, não podendo a lei, como instrumento regulador da vida social, servir de fonte de privilégios e perseguições, mas sim tratar as pessoas de modo equitativo. É esse o

fundamento político-ideológico central do princípio da igualdade que foi juridicizado nos textos das Constituições, democráticas ou não (MELLO, 2007, p. 10).

Assim, para os pensadores liberais, o simples fato do princípio da igualdade estar disposto no rol dos direitos fundamentais, já bastaria para garantir sua efetividade no âmbito jurídico.

“O princípio da igualdade perante a lei, norma concreta e abstrata, por muito tempo foi pensado que, o simples fato de estar implícito no rol dos direitos fundamentais bastaria para que se chegasse à igualdade de fato. Ocorre que, não passou de mera ficção, assim como asseverava os estudos do Direito e Política Comparada.” (GOMES, 2002).

A vivência das ideias abstratas de liberdade e igualdade logo produziu a negação das mesmas. CARVALHO NETTO (2004, p. 473) bem disciplinou a questão:

A liberdade e a igualdade abstratas, bem como a propriedade privada terminam por fundamentar as práticas sociais do período de maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história, possibilitando um acúmulo de capital jamais visto, as revoluções industriais e uma disseminação de miséria também sem precedentes. Ideias socialistas, comunistas e anarquistas começam a colocar em xeque a ordem liberal e a um só tempo animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles se reforçam com a luta pelo direito de voto, pelos direitos coletivos e sociais, como o de greve e de livre organização sindical e partidária, com a pretensão de um salário mínimo, a uma jornada máxima de trabalho, à seguridade e previdências sociais, ao acesso à saúde, à educação e ao lazer.

Por conseguinte, o texto constitucional, geral e abstrato, mostrou-se insuficiente para a promoção da igualdade dado que somos iguais pela essência, pela natureza humana, mas desiguais pela individualidade e diversidade de condições. Nesse sentir, Carmem Rocha (1996, p. 86):

“Conclui-se, então, que proibir a discriminação não era bastante para dar efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão-semente o princípio da vedação da desigualdade ou da invalidade do comportamento do preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica.”

Sendo assim, com o passar do tempo, mais precisamente no século XIX, o Direito Constitucional do Estado liberal entrou em colapso. O princípio geral de igualdade de direitos perante a lei revelou-se uma grande hipocrisia e passou a ser questionado, pois restou nítido que não bastava o Estado se abster de produzir a lei que discriminasse os cidadãos, mas sim deveria atuar para que essa discriminação não ocorresse.

Em virtude da crise social, surge um novo modelo de Estado, conhecido como Estado social. Caracterizado por abandonar sua posição de neutralidade e de mero espectador dos conflitos da sociedade, passa a atuar de modo ativo. O Estado social apresenta uma nova fase do Direito Constitucional, denominada constitucionalismo moderno, que traz em sua essência valores de igualdade de direitos, e principalmente um papel positivo do Estado, editando leis que possibilitem o reconhecimento das diferenças materiais existentes na sociedade. Sob essa óptica, a velha concepção de igualdade pura e simplesmente formal dá espaço para a igualdade material ou substancial. (GOMES, 2001, p. 131)

A igualdade material ou substancial irrompe como solução à perpetuação de desigualdades engrenadas pela sociedade. As desigualdades concretas, existentes na sociedade, devem ser pesadas e avaliadas, oferecendo igualdade de oportunidades na busca pela promoção da justiça social. (GOMES, 2001, 137)

A nova característica do princípio da igualdade projeta-se no texto constitucional exigindo um comportamento ativo do Estado, desclassificando a igualdade de direitos pela simples e confortável postura de não-discriminar. Exige que o Estado não somente promova, mas sim garanta a promoção da igualdade.

Em defesa da nova característica do princípio constitucional da igualdade, assenta Daniela Ikawa (2008, p. 239):

“O princípio formal de igualdade, aplicado com exclusividade, carrega injustiças (...) ao desconsiderar diferenças em identidade. [...] Apenas o princípio da igualdade material, prescrito como critério distributivo, percebe tanto aquela igualdade inicial, quanto essa diferença em identidade e contexto. Para respeitar a igualdade inicial em dignidade e a diferença, não basta, portanto, um princípio de igualdade formal.

O princípio da universalidade formal deve ser oposto, primeiro, a uma preocupação com os resultados, algo que as políticas universalistas materiais abarcam. Segundo deve ser oposto a uma preocupação com os resultados obtidos hoje, enquanto não há recursos suficientes ou vontade política para a implementação de mudanças estruturais que requerem a consideração do contexto, e enquanto há indivíduos que não mais podem ser alcançados por políticas universalistas de base, mas que sofreram os efeitos, no que toca à educação, da insuficiência dessas políticas. São necessárias, por conseguinte, também políticas afirmativas.

As políticas universalistas materiais e as políticas afirmativas têm (...) o mesmo fundamento: o princípio constitucional da igualdade material. São, contudo, distintas no seguinte sentido. Embora ambas levem em consideração os resultados, as políticas universalistas materiais, diferentemente das ações afirmativas, não tomam em conta a posição relativa dos grupos sociais entre si”.

Em referência ao tema, o jusfilósofo italiano BOBBIO (1997, p. 30-31) afirma que:

“[...] O que mais uma vez faz desse princípio um princípio inovador nos Estados social e economicamente avançados é o fato de que ele se tenha grandemente difundido como consequência do predomínio de uma concepção conflitualista global da sociedade, segundo a qual toda a vida social é considerada como uma grande competição para obtenção de bens escassos. Essa difusão ocorreu, pelo menos, em duas direções: a) na exigência de que a igualdade dos pontos de partida seja aplicada a todos os membros do grupo social, sem nenhuma distinção de religião, de raça, de sexo, de classe, etc. b) na inclusão onde a regra deve ser aplicada, de situações econômicas e socialmente bem mais importantes do que a dos jogos ou dos concursos. [...] Em outras palavras, **o princípio da igualdade das oportunidades, quando elevado a princípio geral, tem como objetivo colocar todos os membros daquela determinada sociedade na condição de participar da competição pela vida, ou pela conquista do que é vitalmente significativo a partir de posições iguais**” (grifos)

A fim de corroborar com o tema, destaca-se a manifestação de Flávia PIOVESAN (2010, p. 123):

Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério sócio-econômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).

Se, para a concepção formal de igualdade, esta é tomada como pressuposto, como um dado e um ponto de partida abstrato, para a concepção material de igualdade, esta é tomada como um resultado ao qual se pretende chegar, tendo como ponto de partida a visibilidade às diferenças.

Ressalta-se, assim, o caráter bidimensional da justiça: redistribuição somada ao reconhecimento de identidades. O direito à redistribuição requer medidas de enfrentamento da injustiça econômica, da marginalização e da desigualdade econômica, por meio da transformação nas estruturas sócio-econômicas e da adoção de uma política de redistribuição. De igual modo, o direito ao reconhecimento requer medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e da adoção de uma política de reconhecimento. É à luz desta política de reconhecimento que se pretende avançar na reavaliação positiva de identidades discriminadas, negadas e desrespeitadas; na desconstrução de estereótipos e preconceitos; e na valorização da diversidade cultural.

O princípio da igualdade de oportunidades, na visão de Norberto Bobbio, estaria inovando quando pressupõe a exigência de se igualar os diversos pontos de partida em que se encontram os grupos sociais a fim de garantir as mesmas oportunidades a cada um deles. Prossegue o jusfilósofo Bobbio (1997, p. 32):

“Quando elevado a princípio geral, tem como objetivo colocar todos os membros daquela determinada sociedade na condição de participar pela competição pela vida, ou pela conquista do que é vitalmente mais significativo, a partir de posições iguais. É supérfluo aduzir que varia de sociedade para sociedade a definição de quais devam ser as posições de partida a serem consideradas como iguais, de quais devam ser as condições sociais e materiais que permitam considerar os concorrentes iguais. (...) Mas não é supérfluo, ao contrário, chamar atenção para o fato de que, precisamente a fim de colocar indivíduos desiguais por nascimento nas mesmas condições de partida, pode ser necessário favorecer os mais pobres e desfavorecer os mais ricos, isto é, introduzir artificialmente, ou imperativamente, discriminações que de outro modo não existiriam (...). **Desse modo, uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades**” (grifos meus).

A mudança do paradigma do Estado Social para o Estado Democrático de Direito é característica do processo de democratização ocorrido após a II Guerra Mundial, emergindo à globalização econômica e propiciando a tecnologia. Tem-se uma releitura dos direitos fundamentais reconhecidos no Estado Liberal e no Estado Social, assumindo o princípio da

igualdade uma postura material, respeitando as diferenças, à pluralidade, devendo o Estado atuar na redução das desigualdades sociais e assegurar que as minorias sejam respeitadas. (SAMPAIO, 2004, p. 262 e 302)

A normatividade almejada por esta fase do constitucionalismo atual tem como fundamento a democracia, a qual se entende como o direito de participação e igualdade de recursos/oportunidades, sendo o Direito considerado pluralista, aberto e participativo. (SAMPAIO, 2004, p. 262 e 302)

Dalmo de Abreu Dallari (2005, p. 309) leciona que o direito fundamentado na democracia exige a superação de uma concepção mecânica da igualdade, a qual, no passado, era definida apenas como um direito, sem que se cogitasse, contudo, de convertê-lo em uma possibilidade, esclarecendo o quanto segue:

“O que não se admite é a desigualdade no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde a melhor condição econômica até o melhor preparo intelectual, negando tudo a outros, mantendo os primeiros em situação de privilégio, mesmo que sejam socialmente inúteis ou negativos”

A igualdade deve ser um fator presente e real num Estado Democrático de Direito, pois a legitimidade do ordenamento jurídico é construída a partir de processos democráticos onde haja participação igualitária, autônoma e discursiva dos destinatários das normas.

O Estado Democrático de Direito veio para ampliar o espaço de discussão e participação democrática, garantindo direitos, promovendo a diversidade e o pluralismo. Assim, é inconcebível que os negros, que compõem uma grande parcela da população brasileira, fiquem inteiramente excluídos do exercício dos direitos contidos na Constituição.

Em virtude do exposto, entende-se que, para dar real aplicação ao princípio da igualdade, necessário se faz a construção de elementos materiais, que é aquela que resulta de igualdade real e efetiva para todos. A igualdade material depende da execução de políticas públicas, de modo a modificar a situação de exclusão social aos grupos socialmente discriminados.

2.3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

O princípio da igualdade aparece no texto constitucional brasileiro de forma expressa. Está prescrito no caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988 nos seguintes termos:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

O referido princípio vem inserido no *caput* do aludido artigo. Tem um grande destaque constitucional, já que está entre as normas que comandam a interpretação das demais normas do ordenamento jurídico. Antecede a igualdade perante a lei até a enumeração dos demais direitos e garantias fundamentais.

O autor Ribeiro Bastos (1999, p.196) aduz que:

“O atual artigo isonômico teve transladada sua topografia. Deixou de ser um direito individual tratado tecnicamente como os demais. Passou a encabeçar a lista destes direito, que foram transformados em parágrafos do artigo igualizador. Esta transformação preenche de significação. Com efeito, reconheceu-se à igualdade o papel que ela cumpre na ordem jurídica.”

Sendo assim, vê-se que o princípio representa umas das formas mais básicas de controle de constitucionalidade, característica do Estado democrático de direito. Tem como cerne a busca de sua legitimação na ideia de igualdade de todos os cidadãos em face do Estado e das leis.

O preceito constitucional apresenta dinamicidade, permitindo ao interprete reconhecer a singularidade dos indivíduos, em vista das particularidades econômicas, culturais e sociais. Pretende expressar a igualdade de tratamento na lei e perante ela, e não afirmar que todos os homens são iguais em essência. Sobre a questão, Bandeira de Mello (2007, p. 18) afirma que:

Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimetosas para os atingidos. (grifos)

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição Federal de 1988 opera em dois sentidos distintos. Em um plano, ao legislador e ao aplicador do direito, já que a lei não pode ser utilizada como privilégio ou perseguição, nem criação de tratamentos diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas, e sim um instrumento essencial à vida social, tratando em condições iguais todos os cidadãos. Em outro plano, na obrigatoriedade da autoridade pública de não aplicar as leis e atos normativos em desconformidade com a igualdade, sem estabelecer diferenças em virtude de raça, cor, religião, etc. (MORAES, 2008, 182)

O princípio da igualdade disposto em nossa constituição abarca a discriminação positiva, significando um método utilizado na tentativa de diminuir as desigualdades estruturais de grupos sociais expostos à discriminação, na ideia de “igualizar” aqueles que se encontram em função desigual, desde que haja uma razão presente, aceitável, que não colida com os valores consagrados em nosso texto constitucional. A própria constituição absorve os valores sociais e repele preconceitos que agravariam a situação de pessoas que se encontram em pé de desigualdade. Um exemplo da discriminação positiva baseada no princípio da igualdade, em nosso texto constitucional, é a reserva de vagas em concursos públicos aos portadores de deficiência, constante no artigo 37, VIII, da Constituição Federal.

Nosso ordenamento constitucional apresenta outros inúmeros exemplos de utilização da máxima da igualdade, tais como:

Art. 3º (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

Art. 3º (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 23º (...) X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

Art. 227(...) II - criação de programas [...] integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência [...], e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação

Entretanto, para que existam tratamentos diferenciados, deve, antes de tudo, haver correlação lógica entre o elemento distintivo e o tratamento dispensado, pois assim, esses tratamentos serão admitidos frente ao princípio da igualdade, não confrontando com valores sociais estabelecidos em nosso ordenamento jurídico.

Na consagrada lição de Rui BARBOSA (1997, p. 62):

“A regra da igualdade consiste senão em aquinohar desigualmente os desiguais, na medida em que sejam desiguais. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar como desiguais a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.”

O princípio da igualdade veda a diferenciação arbitrária, em razão de o tratamento desigual a cidadãos desiguais, na medida de sua igualdade, é totalmente aceito em nosso ordenamento jurídico e exigência tradicional do próprio conceito de justiça. Sendo assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com nosso ordenamento jurídico quando verificada a existência de uma finalizada proporcional. (MELLO, 2007, p. 36)

Discorrendo sobre este fato, de aplicar a discriminação positiva sem desrespeitar o princípio da igualdade, Bandeira de Mello (2007, p. 21) apresenta os seguintes critérios: a) o fator discriminatório, b) o nexo de causalidade, c) o fator discriminatório e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico considerado desigual e a correlação lógica abstrata entre

ambos. Em outras palavras, deve apresentar correlações lógicas abstratas e concretas.

Além de que, para que concorra a chamada discriminação positiva, devem estar configurados quatro elementos: a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto a um só indivíduo; b) que a situação ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra referido seja, pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa para o bem público. (MELLO, 2007, p. 41)

Havendo correlação lógica entre o fator discriminante e a regra apresentada, tal regra será compatível com o princípio da igualdade. Entretanto, não havendo essa correlação lógica, a regra ou conduta serão incompatíveis com o referido princípio. Em outras palavras, é possível desigualar diferentes categorias de pessoas se houver razão. (MELLO, 2007, p. 46)

O Ministro Bandeira de Mello, em voto no MS 217103-DF (JSTJ 189/249) explica:

“Em síntese, o que se deve fazer, no exame das leis que estejam a estabelecer *discrímens* ou desequiparações, é verificar se há ‘correlação lógica’ entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a discriminação legal decidida em ‘função dele’ por isso que a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de *supedâneo* ou, noutras palavras: ‘a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em razão a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada” (p. 47-50)

Sendo assim, Bandeira de Mello (2007, p. 47-48) aduz existir ofensa ao princípio da isonomia quando:

I - A norma singulariza atual e definitivamente a um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II - A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos,

situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator 'tempo' - que não descansa no objeto - como fator diferencial.

III - A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrímen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV - A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V - A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimens*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita"

3. A POLÍTICA DE AÇÕES AFIRMATIVAS

3.1 AÇÕES AFIRMATIVAS NOS ESTADOS UNIDOS

A política de ações afirmativas é fruto das lutas históricas dos negros nos Estados Unidos da América, vindo a aperfeiçoar-se com as experiências e debates nas últimas décadas.

A escravidão americana marcou todo o período colonial, destacando-se na história da colonização do Sul - que utilizava da mão-de-obra escrava na produção do algodão exportado para a Europa. Embora o movimento abolicionista tivesse força, não era suficiente para impedir decisões conservadoras.

A Guerra Civil, que se estendeu de 1861 a 1865, colocou em posições opostas, nos Estados Unidos, o Norte industrializado e o Sul agrícola e escravista. Os Estados do Norte, baseados em princípios liberais e burgueses, almejavam a expansão para o Oeste e o crescimento de suas indústrias. Os embates entre as colônias dos estados do Norte e do Sul deram origem ao pensamento intenso de independência. Assim, em 1776, a *Declaração da Virgínia*, considerada um marco para o direito constitucional contemporâneo, declarou a igualdade, a liberdade e a independência entre os homens. Pouco depois, no mesmo ano, tivemos também a *Declaração de Independência dos Estados Unidos*, a qual voltou a ratificar pensamentos do filósofo Locke de que todos os homens são criaturas iguais e que os governos são implantados para assegurar esses direitos (MENEZES, 2001, p. 19-20)

Em 17 de setembro de 1787 a Constituição dos Estados Unidos da América foi aprovada na Convenção da Filadélfia. Entretanto, não havia menção ao princípio da igualdade de maneira expressa, e também não havia uma declaração de direitos individuais. Tal fato soou de modo estranho após a sua ratificação pelos Estados da Federação em 1789, o que veio a possibilitar a exigência e a inserção do *Bill of Rights* em 1791, que constituem as dez primeiras Emendas ao texto constitucional americano. Mas, apesar desta declaração de direitos, “o princípio da igualdade perante a lei, a rigor,

somente será formalmente adotado com aprovação da Décima Quarta Emenda Constitucional, em 1868” (MENEZES, 2001, p. 23).

A abolição dos escravos nos Estados Unidos ocorreu em 1865, com a 13ª Emenda, que proibia a escravidão e o trabalho forçado. Contudo, o fim da escravidão não significou a emancipação do povo negro, já que muitos direitos fundamentais eram negados, tais como o direito ao voto. Além de que, o judiciário americano concordou com a política de segregação racial, que reservava espaços públicos distintos para pessoas brancas e negras. (LOBO, 2013, p. 79)

Em 1896, o caso *Plessy v. Ferguson* 163 U.S 537, foi considerado um marco na história do direito norte americano, uma vez que o réu Homer Plessy era cidadão americano residente no Estado de Louisiana e descendente de negros, na proporção de 1/8 do seu sangue. Logo, considerava-se titular de reconhecimento, direitos, privilégios e imunidades assegurados aos cidadãos brancos.

A despeito de sua situação, no dia 07 de junho de 1892, Plessy adquiriu uma passagem de primeira classe para realizar uma viagem de trem entre New Orleans e Covington, e ocupou um lugar que era destinado aos brancos. Com base numa lei estadual havia a obrigatoriedade de se fazer a separação dos lugares nos meios de transporte, ou seja, brancos e negros teriam lugares próprios e distintos uns dos outros. Todavia, embora se considerando branco, Plessy foi “convidado” pelo condutor do trem a ocupar os lugares reservados aos negros, sob pena de ser expulso da locomoção e, conseqüentemente, de ser preso. Recusando-se a tal humilhante e desigual situação, Plessy foi preso em New Orleans e acusado de ter violado uma lei estadual. Por conseguinte, Homer Plessy ajuizou uma ação discutindo a constitucionalidade da lei do Estado da Louisiana que promovia a segregação entre brancos e negros nos trens, afirmando que a mencionada lei violava a Décima Terceira e a Décima Quarta Emendas da Constituição, esta última dispunha o seguinte:

“14º Emenda - Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem

processo legal ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis” (MENEZES, 2001)

Entretanto, a Suprema corte americana considerou a lei como constitucional, pois considerou que a mesma não reestabelecia a escravidão e nem desrespeitava a raça. Admite-se que foi um grande erro do judiciário a decisão dada no referido caso. (LOBO, 2013, p. 80)

Alguns anos depois, redime-se a Suprema corte na decisão dada ao caso *Brown v. Board of Education* 347 U.S 483 (1954), que reconheceu que a segregação racial entre brancos e negros nas escolas públicas seria uma barreira aos negros, à igualdade de oportunidades estatuída pela 14ª Emenda. (LOBO, 2013, p. 81)

A partir das lutas contra o segregacionismo, muitos movimentos surgiram, sendo o movimento pelos direitos civis (*American Civil Rights Movement*), liderado por Martin Luther King (1929-1968) - iniciado em torno de 1950 - o mais expressivo deles.

Martin Luther King Jr. promoveu um grande debate em torno da igualdade entre brancos e negros na sociedade americana. Em sua luta contra a exclusão dos negros, Luther King baseou-se nos ideais de resistência pacífica e na organização de marchas e protestos em diversas cidades dos Estados Unidos. A mais importante marcha organizada pelo ativista negro, e que influenciou decisivamente na aprovação do Civil Rights Act (1964), foi a Marcha para Washington, em 28 de agosto de 1963, que reuniu mais de 200 mil pessoas no Lincoln Memorial. Em seu discurso, o grande ativista proclama “Eu tenho um sonho de que, um dia, meus filhos viverão numa nação onde eles não serão julgados pela sua cor de pele, mas pela essência do seu caráter” (KING JUNIOR, 2004) (tradução).

As ações afirmativas começam a ganhar força com a Civil Rights Act (1964), que regulamenta a igualdade, tendo como fonte normativa a 13, 14 e 15ª Emendas - esta última prevê o direito ao voto a todos os cidadãos norte americanos, independente da cor.

A expressão ação afirmativa foi utilizada pela primeira vez em uma ordem executiva norte-americana no ano de 1965, significando o favorecimento de minorias, ou melhor, grupos juridicamente desiguais por preconceitos sofridos culturalmente, os quais deveriam ser superados para a concretização da igualdade assegurada constitucionalmente como princípio fundamental (ROCHA, 1996, p. 88).

As ações afirmativas norte-americanas surgiram para que todos os grupos sociais tivessem representação nas mais diversas áreas, principalmente na educação e trabalho. A ideia principal era a igualdade de oportunidades. Por conta disso, estabeleceu cotas raciais, no intuito de garantir o acesso dos negros a estas áreas. Cabe ressaltar que ações afirmativas são gêneros de políticas sociais, da qual as cotas são espécies. Por meio das cotas, modalidade racial de discriminação positiva, são feitas as reservas de vagas aos que pertencem a grupos desfavorecidos. (GOMES, 2001)

No entanto, após anos de instituição das ações afirmativas no continente norte-americano, muitos são os debates sobre a real eficácia dessas políticas de inclusão social.

3.2 AÇÕES AFIRMATIVAS DE COTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tocante à história brasileira sobre a questão de implementação de cotas raciais como forma de políticas para a correção de desigualdades no Brasil, tem-se como base as reivindicações dos movimentos negros, no intuito de remediar as discriminações raciais históricas ocorridas desde o regime escravocrata. Estes movimentos têm mobilizado toda a sociedade, e, por conseguinte vêm aumentando o conhecimento de nossas raízes sociais e raciais.

As políticas sociais apresentam-se limitadas no sentido de reduzir as desigualdades, ou revertê-las em consequências de exclusões

passadas. Neste sentido, debates e projetos tem que ser adotados para que seja realizada a igualdade material, estudada no primeiro capítulo do trabalho, sendo as ações afirmativas um instrumento de sua concretização.

Nesta esteira, Carmem Lúcia Antunes Rocha (1996, p. 99) acentua que:

A ação afirmativa constitui, portanto, o conteúdo próprio e essencial do princípio da igualdade jurídica tal como pensado e aplicado, democraticamente, no Direito Constitucional Contemporâneo. [...] é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. **Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação**". (grifos)

Nas palavras de Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 22), a igualdade se mostra como obrigação positiva do Estado e sua expressão democrática atual é a ação afirmativa:

Consiste em dar tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado, de modo a inseri-lo no "*mainstream*" impedindo assim o que o princípio da igualdade formal, expresso em leis neutras que não levam em consideração fatores de natureza cultural e histórica, funcione na prática como mecanismo perpetuador da desigualdade. Em suma, cuida-se de dar **tratamento preferencial, favorável, aqueles que historicamente foram marginalizados, de sorte a colocá-los em um nível de competição similar ao daqueles que historicamente se beneficiaram da sua exclusão**. Essa modalidade de discriminação de caráter redistributivo e restaurador, destinada a corrigir uma situação de desigualdade historicamente comprovada, em geral se justifica pela sua natureza temporária e pelos objetivos sociais que se visa com ela atingir."

As ações afirmativas são políticas públicas ou privadas impostas pelo Estado, que objetivam concretizar o princípio da igualdade disposto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Apresentam-se como medidas temporárias e compensatórias, na tentativa de alcançar a igualdade substancial por parte das minorias étnicas e raciais e demais grupos socialmente vulneráveis. Visa a combater a desigualdade que exclui ou inferioriza as minorias, sob o ponto de vista de raça, orientação sexual, deficiência física, etc.

Uma definição sucinta e esclarecedora de ações afirmativas foi proposta por Greenberg (1984, p. 286):

Ação afirmativa é um mecanismo usado em diferentes tipos de sociedade: democráticas, socialistas, autoritárias, combinadas e pois colonial, destinado a ajudar as minorias anteriormente discriminadas para que possam superar as desvantagens em muitas áreas da vida econômica, social e política.

Grandes autores conceituam ações afirmativas. O conceito fornecido pelo constitucionalista Joaquim Barbosa Gomes, considerado um dos maiores pesquisadores do tema no Brasil é fundamental para entendermos o propósito das políticas cada vez mais adotadas no ordenamento jurídico brasileiro. Para GOMES (2001, p. 128):

“As ações afirmativas definem-se como políticas públicas (e privadas), voltadas na concretização do princípio da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todo e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade” (GOMES, 2001, p. 128)

[...] são políticas e mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido - o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito. (GOMES, 2001, p. 6)

Álvaro Cruz (2005, p. 195) como discriminação lícita:

As ações afirmativas podem ser entendidas como medidas públicas e privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas na promoção/integração de indivíduos e grupos sociais tradicionalmente discriminados em função de sua origem, raça, sexo, opção sexual, idade, religião, patologia física/psicológica, etc.

Menezes (2001, p. 29) assevera que:

A ação afirmativa tem por finalidade implementar uma igualdade concreta (igualdade material) no plano fático, que a isonomia (igualdade formal) por si só, não consegue propiciar. Por esse motivo, observa-se que os programas de ação afirmativa normalmente são encontrados em países que além de consagrarem a igualdade perante a lei, também reprimem, quase sempre no âmbito penal, as práticas mais comuns de discriminação. Portanto, até no aspecto temporal, a ação

afirmativa normalmente apresenta-se como um terceiro estágio, depois da isonomia e da criminalização de práticas discriminatórias, na correção de distorções sociais.

As ações afirmativas são a mais eloquente manifestação da moderna ideia de Estado promovedor, atuante; eis que de sua concepção, implantação e delimitação jurídica participam todos os órgãos estatais essenciais, incluindo o Poder Judiciário, que ora se apresenta no seu tradicional papel de guardião da integridade do sistema jurídico como um todo e especialmente dos direitos fundamentais, ora como instituição formuladora de políticas tendentes a corrigir as distorções provocadas pela discriminação. (GOMES, 2001, p. 29)

Segundo Joaquim Barbosa (2001, p. 39) as ações afirmativas, em primeiro plano, seriam uma maneira de instigar, encorajar as autoridades políticas sem obrigá-las a tomar decisões em prol de grupos flagrantemente excluídos, levando em conta raça, sexo, cor. A pressão e organização em favor desses grupos ampliou a discussão sobre alternativas e estimulou políticas públicas compensatórias de acesso à educação e ao mercado de trabalho.

As ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate de diversas discriminações, sejam raciais, de gênero ou de origem nacional; bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo como objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego (GOMES, 2001, p. 41).

Apresentam-se com características que fundamentam sua implementação, sendo situações passageiras, cessadas à medida que se corrigirem as distorções, igualando os desiguais. A excepcionalidade e temporalidade da adoção da política de cotas vêm estampadas no conceito tecida por VILLAS-BÔAS (2003, p. 29): “[...] um conjunto de *medidas especiais* e *temporárias* tomadas pelo Estado com o objetivo específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade” (grifos).

As ações afirmativas apresentam três argumentos justificadores para sua implementação: o multiculturalismo, que indica a necessidade do fortalecimento das identidades representativas dos grupos sociais; a justiça compensatória pelo preconceito e discriminação sofrida no passado; a justiça distributiva, de modo que a redistribuição de bens possa mitigar as desigualdades sociais decorrentes da discriminação atual. (GOMES, 2001, p. 66)

O multiculturalismo objetiva a consolidação de uma sociedade multicultural, que fortaleça a identidade individual e coletiva dos negros no Brasil. Somente será possível a partir da adoção de políticas públicas e ações privadas específicas e diferenciadas de modo a reparar os danos que lhes foram secularmente causados.

No multiculturalismo, objetiva-se a convivência entre diferentes, seja pelas “raças”, etnias, valores, costumes, hábitos, religiões ou culturas; em que se tenta extrair, a partir do diálogo das diferenças, pontos de convergência que impulsionem o desenvolvimento das nações.

Nesse sentido, importa atentar para o alerta de Clodoaldo CARDOSO (2003, p. 64):

A solidariedade multicultural libertadora não significa uma harmonia sólida entre as culturas, mas contém antagonismos e incertezas. Ela está mais orientada em potencializar pontos de interação do que harmonizar interesses conflitantes.

Acentua D'ADESKY (2001, p. 236),

O reconhecimento da pluralidade de culturas no seio das sociedades e a instauração de medidas concretas para promover a participação social e econômica dos grupos culturais minoritários ou das comunidades étnicas depreciadas, como demandas do multiculturalismo democrático, visam exatamente que a diversidade étnica e cultural da população seja respeitada e garantida, sem implicar tentativas de depreciar ou eliminar esses grupos. Em termos de pessoa humana, **o multiculturalismo possibilita que o indivíduo venha a se identificar segundo seus próprios critérios, de forma que possa ser reconhecido pelo que é, sem ser obrigado a se fazer passar pelo que não é.**

O autor Boaventura de Souza Santos (2003, p. 458) propõe os direitos humanos como multiculturais e não universais como atualmente são caracterizados, visto que, deste modo, tendem a expressar unicamente os valores ocidentais dominantes. O autor alerta para a necessidade da preservação das diferenças e para a importância de tentar eliminar as hierarquizações culturais feitas com base em critérios raciais e sexuais.

Para o autor, o multiculturalismo progressista será obtido a partir de um diálogo intercultural em que sejam respeitadas as diferenças e aceito o imperativo transcultural, o qual afirma que **“temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”**. (grifos)

De acordo com o argumento compensatório, as ações afirmativas são tidas como uma compensação e/ou indenização aos negros pelos danos, prejuízos e injustiças causadas aos seus antepassados, buscando corrigir os efeitos do racismo e da discriminação racial do passado e do presente.

Tal reparação se justificaria na medida em que o processo de marginalização social tem uma inegável inclinação perenizante. O preconceito e a discriminação oficial ou social de que foram vítima as gerações passadas tendem inexoravelmente a se transmitir às gerações futuras, constituindo-se em um insuportável e injusto ônus social, econômico e cultural a ser carregado, no presente, por essas novas gerações. (GOMES, 2001, p. 62)

A ação afirmativa visa garantir, (...), a igualdade de tratamento e principalmente de oportunidades, assim como compensar as perdas provocadas pela discriminação e marginalização decorrentes dos mais variados motivos inerentes à sociedade brasileira. (VILAS-BÔAS, 2003, p.29)

[...] medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, com vistas a promover sua ascensão na sociedade até um nível de equiparação com os demais. As ações afirmativas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, dentre outros grupos. (PIOVESAN, 2002, p. 190)

Nas teorias compensatórias, “as ações afirmativas seriam indenizações pagas aos atuais descendentes de inúmeras gerações de vítimas do segregacionismo e da discriminação que padeceram sob todas as formas de violações de seus direitos.” (CRUZ, 2005, p.137-138)

Para o atual Presidente do STF (2001, p. 41), o preconceito e a discriminação são sentidos pelos negros principalmente na educação e no mercado de trabalho, sendo negado a eles um ensino de qualidade e a igualdade de oportunidades que os prejudicam na inclusão no mercado de trabalho. A solução para este problema seria o aumento de chances de inserção profissional dos negros, argumento utilizado para justificar o programa de ações afirmativas.

Porém, o argumento compensatório é criticado, porque conforme dispõe o artigo 927 do Código Civil: “*aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo*”. Ocorre que, como as discriminações são pretéritas, não há como apontador o causador do dano, tornando-se impossível sua identificação. Nesse convir, Roberta Fragoso Menezes Kaufmann (2007, p. 48):

“Não existem números no país precisos acerca da escravidão negra. Isto porque, na tentativa de apagar o instituto da história brasileira e sobretudo , evitar que tivesse fôlego a campanha indenizatória movida por ex-senhores de escravos – com base justamente nos registros citados – Rui Barbosa, na época Vice-Chefe do Governo Provisório e Ministro da Fazenda, determinou, por meio do Decreto de 14 de dezembro de 1890, a queima de todos os documentos referentes à escravidão. Este decreto somente foi efetivado em 13 de maio de 1891, na gestão de Tristão Alencar Araripe, sucessor de Rui na pasta da Fazenda. Tal determinação decorreu de uma série de fatores. Após declarada a abolição da escravatura, iniciou-se um movimento aristocrata rural pleiteando indenizações do governo, sob o argumento de que teriam direito adquirido aos escravos e à propriedade.

Outro argumento, contrário ao modelo de ações afirmativa como característica compensatória, seria a não possibilidade de mensurar o dano sofrido pelo povo negro nestes anos de discriminação, não se podendo calcular o valor de uma indenização - conforme dispõe o artigo 944 do Código Civil de 2002, que a indenização se calcula pela extensão do dano. Sendo assim, a consequência de não conseguir calcular o dano seria o acometimento

de novas injustiças, pois não há como indenizar os reais prejudicados pelas injustiças pretéritas e também de punir os verdadeiros culpados.

O autor DWORKIN (2005, p. 606) critica o acolhimento das ações afirmativas de cotas para negros segundo o argumento compensatório tendo em vista que as ações afirmativas visam ao passado e não ao futuro.

Tocante ao argumento distributivo, fundamentar-se-iam as ações afirmativas no conteúdo de justiça, já que seriam uma forma de redistribuição dos bens e recursos sociais a todos, oferecendo mecanismos de promoção do bem estar geral e da diversidade racial nos mais diversos setores de nossa sociedade.

A noção de uma **justiça distributiva** é a que repousa no pressuposto de que um indivíduo ou o grupo social tem o direito de reivindicar certas vantagens, benefícios ou mesmo o acesso a determinadas posições, às quais teria naturalmente acesso caso as condições sociais sob as quais vive fossem de efetiva justiça. (GOMES, 2001, p. 66)

Dworkin (2005, p. 606) é um defensor da tese distributiva, pois ele entende que a ação afirmativa é um empreendimento voltado para o futuro, e não retroativo; e os alunos minoritários - a quem ela beneficia - não foram, obrigatoriamente, vítimas, individuais, de nenhuma injustiça no passado. Além disso, enxerga nas ações afirmativas de cotas para negros o aumento da diversidade racial nos mais diversos setores, possibilitando aos negros alcançarem as posições de liderança em nossa sociedade, havendo maior representação e diminuição da desigualdade racial.

As grandes universidades esperam educar mais negros e outros alunos minoritários, não para compensá-los por injustiças passadas, mas para propiciar um futuro que seja melhor para todos, ajudando-os a arcar com a maldição do passado que deixou sobre todos nos. (DWORKIN, 2005, p. 606) (grifos)

Os defensores das teses distributivas aduzem que a criação e a difusão das ações afirmativas têm como objetivo imediato garantir a “igualdade de oportunidade entre negros e brancos e, conseqüentemente, a criação de condições reais para uma distribuição mais equânime dos bens societários” (BERNARDINO, 2004, p.32).

Além do mais, buscam incentivar o pluralismo e a diversidade de forma a “combater a cultura racista por meio da superação do desrespeito ou reconhecimento denegado ao qual estão submetidos os negros”. (BERNARDINO, 2004, p.32)

Tal argumento também se encontra passível de críticas sob o fundamento que nem todos os problemas de desigualdades sociais são raciais, não sendo as ações afirmativas a única forma de distribuição dos bens na sociedade; as ações afirmativas podem gerar mais discriminação, como o ódio racial ou a discriminação de um indivíduo pelo fato de ele ser beneficiário da política de cotas em universidades ou concursos públicos (LOBO, 2013, p. 89)

Essa concepção utilitária abre caminho para o implemento de juízos políticos de preferência subjetiva, tanto nos discursos de justificação quanto nos discursos de aplicação de normas jurídicas, num verdadeiro retrocesso, à jurisprudência de interesses dos fins do século XIX (Ihering) ou, se não tanto, pelo menos às concepções da jurisprudência de valores (Alexy e Zagrebelsky) – ponderação de valores. O caminho ao arbítrio estaria livre e a legitimidade das ações afirmativas se esvaíria... (CRUZ, 2005, p.137)

Após abordadas as teorias de legitimidade das ações afirmativas, observa-se que não são utilizados nenhum desses argumentos em nosso paradigma do Estado Democrático de Direito. As ações afirmativas têm base legal nos direitos fundamentais e são medidas indispensáveis de efetivação do princípio fundamental constitucional da igualdade

A neutralidade, preconizada pelos liberais, aprofunda e agudiza o problema de uma sociedade que impede a participação de todos. As idéias compensatórias fundadas em concepções convencionais de moral, bem como as idéias utilitárias não se sustentam, posto não levarem em conta aspectos efetivos dos direitos essenciais à humanidade. [...] A necessidade do reconhecimento de uma sociedade plural e democrática exige a participação formal, material e, sobretudo, procedimentalmente igualitária no tocante ao tratamento estatal e sua divisão social de oportunidades. (CRUZ, 2005, p.141).

Chega-se assim à conclusão de que as ações afirmativas no Estado Democrático de Direito contêm elementos de compensação, mobilização de grupos em favor dos discriminados, proatividade estatal na direção dessa compensação e a materialização da igualdade real e concreta.

3.3 A CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE COTAS BRASILEIRO

As ações afirmativas, apresentadas ao longo deste trabalho, foram exaltadas por grupos sociais e repudiadas por outros que entraram com ações judiciais com o intuito de repreender sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal realizou julgamento, histórico, no ano de 2012, decidindo acerca da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 186, confirmando a tendência da corte em pautar suas decisões pelos fundamentos do Estado Democrático de Direito ao afirmar o direito das minorias.

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 186, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, foi proposta pelo partido Democratas (DEM) em face do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília, Reitor da Universidade de Brasília e Centro de Seleção e Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE/UNB).

A ação visava à declaração de inconstitucionalidade do sistema de cotas raciais de 20% (vinte por cento) para a seleção de candidatos inscritos no vestibular da universidade, sob o argumento que ofenderia os artigos abaixo, ambos da Constituição Federal de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

[...]

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

[...]

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

[...]

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

Ocorre que, não se pode negar que no momento do vestibular, os estudantes negros - em sua grande maioria egressos de escolas públicas - encontram-se em flagrante situação de desvantagem em relação aos estudantes brancos advindos de escolas particulares, nas quais a qualidade do ensino é incomparável.

Sobre essa polêmica, num discurso no Grupo de Trabalho Discriminação, Joaquim Barbosa Gomes (2008. P. 444), um dos maiores defensores das ações afirmativas, ao discorrer as desigualdades no acesso à educação, da qual os negros são as principais vítimas no Brasil, alega:

Esta é, pois a chave para se entender por que existem tão poucos negros na universidade públicas brasileiras, e quase nenhum nos cursos de maior prestígio e demanda: os recursos públicos são canalizados massivamente para as classes mais influentes, restando aos pobres (que são majoritariamente negros) “as migalhas” do sistema.

Este é o aspecto perverso do sistema educacional Brasileiro. Os negros são suas principais vítimas. E este é, sem dúvida, um problema constitucional de primeira grandeza, pois nos remete à noção primitiva de democracia, a saber: em que, por quem e em benefício de quem são despendidos os recursos financeiros da Nação.

Agir afirmativamente significa ter consciência desses problemas e tomar decisões coerentes com o imperativo indeclinável e

remediá-los. Além da vontade política, que é fundamental, é preciso colocar de lado o formalismo típico de nossa práxis jurídico-institucional e entender que a questão é de vital importância para a legítima aspiração de todos que um dia o País se subtraia ao opróbrio internacional a que sempre esteve confinado e ocupe o espaço, a posição e o respeito que a sua história, o seu povo, suas realizações e o peso político e econômico recomendam.

No plano estritamente jurídico (que se subordina, a nosso sentir, à tomada de consciência assinalada nas linhas anteriores), o Direito Constitucional vigente no Brasil é perfeitamente compatível com o princípio da ação afirmativa. Melhor dizendo, o Direito brasileiro já contempla algumas modalidades de ação afirmativa, inclusive em sede constitucional (Grupo de Trabalho Discriminação, 2008, p. 444)

Nessa mesma linha de pensamento, assenta Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 263):

“(...) os resultados do vestibular, ainda que involuntários, são discriminatórios, na medida em que favorecem enormemente o ingresso de alunos brancos, oriundos de escolas privadas, em detrimento de alunos negros, provenientes das escolas públicas.

Esta exclusão – especialmente no que diz respeito aos cursos mais competitivos – faz com que a Universidade se torne de fato um ambiente segregado. Isto gera três problemas distintos:

Em primeiro lugar, viola o direito dos membros dos grupos menos favorecidos de se beneficiar do ‘bem público educação’ em igualdade de condições com aqueles que tiveram melhor fortuna durante seus anos de formação.

Esta Universidade predominantemente branca, em segundo lugar, falha na sua missão de constituir um ambiente passível de favorecer a cidadania, a dignidade humana, a construção de uma sociedade livre, justa (...).

Uma Universidade que não integra todos os grupos sociais dificilmente produzirá conhecimento que atenda aos excluídos, reforçando apenas a hierarquias e desigualdades que tem marcado nossa sociedade desde o início de nossa história.

Por fim, a terceira consequência está associada ao resultado deste investimento público, chamado sistema universitário, em termos de erradicação da pobreza e da marginalização. (...) pelos dados do MEC, o número de negros que conquistam o diploma universitário limita-se a 2%. Isto significa que os postos de comando, seja no setor público, seja no setor privado, (...), ficarão necessariamente nas mãos dos não negros, confirmando mais uma vez nossa estrutura racial estratificada”.

No decorrer dos debates, muitos foram os argumentos utilizados para o reconhecimento da constitucionalidade do sistema de reserva de vagas para negros. A adoção do critério étnico-racial para fins de seleção de

peessoas fora reconhecida como discriminação positiva, no intuito de incluir as vítimas de práticas discriminatórias ilícitas. Contudo, o conceito biológico de raça não é utilizado, mas sim um conceito histórico-cultural que atinge dolosamente os negros brasileiros reputados inferiores.

Nesse convir, Ikiwa (2008, p. 105-106)

“O uso do termo raça é justificável nas políticas afirmativas (...) por ser o mesmo instrumento de categorização utilizado para a construção de hierarquias morais convencionais não condizentes com o conceito de ser humano dotado de valor intrínseco ou com o princípio de igualdade de respeito (...). **Se a raça foi utilizada para construir hierarquias, deverá também ser utilizada para desconstruí-las.**

Trata-se de um processo de três diferentes fases: i. a construção histórica de hierarquias convencionais que inferiorizaram o indivíduo quanto ao status econômico e de reconhecimento pela mera pertença a determinada raça (...); ii. a reestruturação dessas hierarquias com base em políticas afirmativas que considerem a raça, voltando-se agora à consolidação do princípio de dignidade; iii. A descaracterização do critério raça como critério de inferiorização e o estabelecimento de políticas universalistas materiais apenas”

A propósito, baseado em estudo histórico sobre o tema, o autor Thomas SKIDMORE (2012. p. 296) aduz:

[...] tornava-se evidente que quanto mais escura fosse a pele de um brasileiro, mais probabilidades ele teria de estar no limite inferior da escala socioeconômica, e isso de acordo com todos os indicadores – renda, ocupação, educação. Os jornalistas não tardaram em aderir, ando provas circunstanciais de um modelo de discriminação sutil mas indisfarçável nas relações sociais. Já não era possível afirmar que o Brasil escapara da discriminação racial, embora ela nunca tenha sido oficializada, desde o período colonial. O peso cada vez maior das evidências demonstrava justamente o contrário, mesmo sendo um tipo de discriminação muito mais complexo do que o existente na sociedade birracial americana.

As novas conclusões levaram alguns cientistas sociais a atacar a 'mitologia' que predominava na elite brasileira a respeito das relações raciais em sua sociedade. Florestan Fernandes acusava seus compatriotas de 'ter o preconceito de não ter preconceito' e de se aferrar ao 'mito da democracia racial'. Ao acreditar que a cor da pele nunca fora barreira para a ascensão social e econômica dos não brancos pudesse ser atribuída a qualquer outra coisa além do relativo subdesenvolvimento da sociedade ou da falta de iniciativa individual

Outro ponto importante da decisão da ADPF nº 186 é o papel transformador que as ações afirmativas proporcionam aos negros:

As ações afirmativas, portanto, encerram também um relevante papel simbólico. **Uma criança negra que vê um negro ocupar um lugar de evidência na sociedade projeta-se naquela liderança e alarga o âmbito de possibilidades de seus planos de vida.** Há, assim, importante componente psicológico multiplicador da inclusão social nessas políticas.

A histórica discriminação dos negros e pardos, em contrapartida, revela igualmente um componente multiplicador, mas às avessas, pois a sua convivência multiseular com a exclusão social gera a perpetuação de uma consciência de inferioridade e de conformidade com a falta de perspectiva, lançando milhares deles, sobretudo as gerações mais jovens, no trajeto sem volta da marginalidade social. Esse efeito, que resulta de uma avaliação eminentemente subjetiva da pretensa inferioridade dos integrantes desses grupos repercute tanto sobre aqueles que são marginalizados como naqueles que, consciente ou inconscientemente, contribuem para a sua exclusão. (BRASIL, 2012) (grifos)

Destarte, resta salientar a característica de transitoriedade da política de cotas, enquanto perdurarem as flagrantes desigualdades e discriminações raciais e sociais. Este atributo foi verificado pela UNB, que determinou o prazo de 10 anos para analisar a continuidade ou não do programa.

É importante ressaltar a natureza transitória das políticas de ação afirmativa, já que as desigualdades entre negros e brancos não resultam, como é evidente, de uma desvalia natural ou genética, mas decorrem de uma acentuada inferioridade em que aqueles foram posicionados nos planos econômico, social e político em razão de séculos de dominação dos primeiros pelos segundos. Assim, na medida em que essas distorções históricas forem corrigidas e a representação dos negros e demais excluídos nas esferas públicas e privadas de poder atenda ao que se contém no princípio constitucional da isonomia, não haverá mais qualquer razão para a subsistência dos programas de reserva de vagas nas universidades públicas, pois o seu objetivo já terá sido alcançado. (BRASIL, 2012)

Após toda a explanação, por maioria absoluta do Tribunal Pleno, no dia 26 de abril de 2012, decidiu-se pela improcedência da ação e marco da constitucionalidade do sistema de cotas no ensino público brasileiro, reconhecendo constitucionais as ações afirmativas de cotas para negros nos vestibulares, fazendo valer o princípio da igualdade do ponto de vista formal e material.

O julgamento da ADPF 186 é extremamente importante para as questões das ações afirmativas no Brasil e a constitucionalidade de

tais ações, fazendo valer o princípio da igualdade e sua interpretação constitucional.

Apregoa Marciano GODOI (1999, p. 72):

Assim, não consideramos haver de se exigir do judiciário um papel preponderantemente ativo no estabelecimento de maior igualdade substancial na sociedade brasileira. O que há de se exigir fundamentalmente é que este poder controle as leis elaboradas pelo legislativo de forma a compreender com clareza o conceito de igualdade não tão aberto colocado por nossa Constituição [...]

3.4 AÇÕES AFIRMATIVAS DE COTAS PARA NEGROS NO SERVIÇO PÚBLICO BRASILEIRO

As ações afirmativas de cotas para negros no serviço público fazem parte da política governamental de garantia da promoção da igualdade formal e material, amplamente debatidas nos capítulos anteriores do presente trabalho de conclusão de curso. A sociedade brasileira contemporânea, anteriormente assolada pela escravidão e preconceito, os quais acarretaram na inferiorização da raça negra, apresenta-se sobre um novo viés, ensejando não somente o fato de não mais discriminar, mas também de promover políticas de compensação das desigualdades sociais e raciais e redistribuir a renda.

Como é de conhecimento geral, o reduzido número de negros e **pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública, seja na privada, resulta da discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esses grupos têm sofrido, ainda que na maior parte das vezes de forma camuflada ou implícita.**

Os programas de ação afirmativa em sociedades em que isso ocorre, entre as quais a nossa, são uma forma de compensar essa discriminação, culturalmente arraigada, não raro, praticada de forma inconsciente e à sombra de um Estado complacente. (BRASIL, 2012)

Alguns dados mostram-se necessários para verificarmos o quão importante foi a criação do presente Estatuto, visando à inclusão do negro no mercado de trabalho e a diminuição da pobreza. Segundo dados da Secretaria Internacional do Trabalho (2005, p. 36):

Os dados mostram uma sensível variação por cor ou raça enquanto indivíduo branco economicamente ativo e acima de 25 anos de idade tem probabilidade de 5,6% de estar procurando emprego sem achá-lo, para o negro a probabilidade é de 7,5%. (IPEA, 2002)

Ainda tocante à desigualdade racial no mercado de trabalho brasileiro, a Secretaria Internacional do Trabalho (2005, p. 41):

- a) Taxa de desemprego dos negros de ambos os sexos (10,6%) é 30,9% superior à dos brancos de ambos os sexos (8,1%)
- b) Os trabalhadores negros de ambos os sexos recebem em média, por hora trabalhada, apenas a metade (50%) do que recebem os trabalhadores brancos de ambos os sexos;
- c) 65,3% dos negros (e 50,4% dos brancos) de ambos os sexos estão concentrados em ocupações precárias e informais

No intuito de promover a defesa dos que sofrem preconceito ou discriminação em função da sua etnia, raça e/ou cor, o senador Paulo Paim apresentara o Projeto de Lei do Senado nº 213/2003, a fim de implementar o Estatuto da Igualdade Racial, o qual foi aprovado 7 anos depois pelo Congresso Nacional, em 17 de junho de 2010, sendo sancionado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 20 de julho do mesmo ano.

O Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/10) possui 65 artigos em sua constituição, que dispõem sobre as diversas áreas da sociedade, como saúde, trabalho, educação, cultura, dentre outros. A Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial alega ser o objetivo do Estatuto a correção de desigualdades históricas, principalmente no que tange à concessão e garantia dos direitos dos descendentes de escravos no Brasil.

Os 65 artigos estão distribuídos em IV Títulos, quais sejam: I – Disposições Preliminares; II – Dos Direitos Fundamentais; III – Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (SENAPIR); IV – Disposições Finais.

O Título I busca dar aos aplicadores das normas a compreensão das disposições gerais e legais do Estatuto. Por sua vez, o Título II refere-se a normas de saúde, esporte, lazer, liberdade de consciência e

crença, meios de comunicação, acesso a terra, à educação e ao mercado de trabalho. O Título III cria o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (SINAPIR), um órgão federal que organizará ações voltadas à implementação do conjunto de políticas destinadas a superar as desigualdades étnicas existentes no país. Por último, no Título IV foram feitas propostas de alterações no ordenamento jurídico brasileiro, para maior efetividade e promoção da igualdade étnico-racial.

A justificação apresentada pelo autor do projeto de lei, Senador Paulo Paim, que deu origem ao Estatuto da Igualdade racial, é um importante passo de reconhecimento da pluralidade de culturas e a defesa de sua adequada proteção e promoção:

Não queremos a cultura afro-brasileira vista, sentida e experimentada somente nas práticas religiosas, música ou alimentação. Queremos a **cultura do negro inserida nas escolas, no mercado de trabalho, nas universidades, pois o negro faz parte do povo brasileiro**. Cultivar as raízes da nossa formação histórica evidentes na diversificação da composição étnica do povo é o caminho mais seguro para garantirmos a afirmação de nossa identidade nacional e preservarmos os valores culturais que conferem autenticidade e singularidade ao nosso país. É imprescindível que haja união entre as pessoas, povos, nacionalidades e culturas. **Todos os esforços para combater as barreiras discriminatórias são subsídios concretos para a formação de um novo ser humano, capaz de elevar-se à altura de seu destino e evitar destruir a si mesmo.**

O Estatuto da Igualdade Racial é de suma importância, pois combate a discriminação racial em seu aspecto proibitivo e também positivo, prevendo ações de promoção real da igualdade. Dispõe seu artigo 1.º:

Esta lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

O artigo supramencionado elenca os objetivos do Estatuto da Igualdade Racial, sendo eles: a efetivação da igualdade de oportunidades ao longo da vida e não somente na linha de largada; a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos prevendo formas de punições de atos que atentem contra a igualdade racial; combate à discriminação e às demais

formas de intolerância étnica - essa se daria por punições dos referidos atos e também por meios de ações afirmativas. (LOBO, 2013, p. 130)

Além de que, o Estatuto da Igualdade Racial é considerado a forma mais democrática e legal para que sejam asseguradas as possibilidades de acesso aos bens econômicos e culturais a toda a nação de maneira igualitária. Constitui-se no primeiro diploma legal incluído no arcabouço jurídico brasileiro, desde 1888, tendo em vista a construção de ambiente de igualdade de oportunidade entre negros e não-negros. Merece destaque o artigo 4.^o, que trata da igualdade de oportunidades por meio da implementação das ações afirmativas:

Art. 4.^o A participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de:

I - inclusão nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social;

II - adoção de medidas, programas e políticas de ação

III - modificação das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades étnicas decorrentes do preconceito e da discriminação étnica;

IV - promoção de ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação étnica e às desigualdades étnicas em todas as suas manifestações individuais, institucionais e estruturais;

V - eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade étnica nas esferas pública e privada;

VI - estímulo, apoio e fortalecimento de iniciativas oriundas da sociedade civil direcionadas à promoção da igualdade de oportunidades e ao combate às desigualdades étnicas, inclusive mediante a implementação de incentivos e critérios de condicionamento e prioridade no acesso aos recursos públicos;

VII - implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros.

Parágrafo único. Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País.

Em relação à implementação de políticas voltadas à inclusão dos negros no mercado de trabalho, até a publicação da Lei 12.288/2010 o ordenamento jurídico brasileiro não tratava de forma específica sobre a inclusão da população negra no setor trabalhista. O capítulo V, do

Título II da Lei supramencionada, aborda diretrizes para a implementação de políticas específicas na área do trabalho tocante à população negra; e encontra base legal nos artigo 39 do Estatuto da Igualdade Racial, que dispõe o seguinte:

Art. 39. O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.

§ 1º A igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra.

§ 2º As ações visando a promover a igualdade de oportunidades na esfera da administração pública far-se-ão por meio de normas estabelecidas ou a serem estabelecidas em legislação específica e em seus regulamentos.

§ 3º O poder público estimulará, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas pelo setor privado.

§ 4º As ações de que trata o caput deste artigo assegurarão o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários.

§ 5º Será assegurado o acesso ao crédito para a pequena produção, nos meios rural e urbano, com ações afirmativas para mulheres negras.

§ 6º O poder público promoverá campanhas de sensibilização contra a marginalização da mulher negra no trabalho artístico e cultural.

§ 7º O poder público promoverá ações com o objetivo de elevar a escolaridade e a qualificação profissional nos setores da economia que contem com alto índice de ocupação por trabalhadores negros de baixa escolarização.

O caput do artigo 39 do Estatuto apresenta as medidas afirmativas no emprego, que além de nortear o combate ao racismo, consistem num valioso instrumento de oportunidades no mercado de trabalho, ensejando um aumento no nível de emprego e renda do povo negro.

Com base neste artigo, muitos Estados da Federação já utilizam o sistema de cotas para negros no serviço público estadual no percentual de 10%, dentre eles o Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Minas Gerais, Paraná, entre outros.

As ações afirmativas de cotas para negros no serviço público brasileiro servirão para acabar com a desproporcionalidade que existe entre a população branca e a população negra nesse setor da sociedade.

Desproporção essa, que conforme apresentada no decorrer do presente trabalho de conclusão do curso, infelizmente não impulsionou a raça negra a ter condições iguais de competir em busca de melhores condições de vida, educação e emprego.

Atrelado ao Estatuto da Igualdade Racial, na data de 05 de novembro de 2013 fora encaminhado em regime de urgência à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 6738/13, que reserva aos negros vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, o qual se transcreve na íntegra:

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art.1 Ficam reservadas aos negros vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

§ 1 A reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a três.

§ 2 Na hipótese de quantitativo fracionado para o número de vagas reservadas a candidatos negros, este será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior a 0,5 (zero vírgula cinco), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (zero vírgula cinco).

§ 3 A reserva de vagas a candidatos negros constará expressamente dos editais dos concursos públicos, que deverão especificar o total de vagas correspondentes à reserva para cada cargo ou emprego público oferecido.

Art. 2 Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia Estatística - IBGE.

Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Art. 3 Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso.

§ 1 Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas.

§ 2 Em caso de desistência de candidato negro aprovado em vaga reservada, a vaga será preenchida pelo candidato negro posteriormente classificados

§ 3 Na hipótese de não haver número de candidatos negros aprovados suficiente para ocupar as vagas reservadas, as vagas remanescentes serão revertidas para a ampla concorrência e serão preenchidas pelos demais candidatos aprovados, observada a ordem de classificação.

Art. 4 A nomeação dos candidatos aprovados respeitará os critérios de alternância e proporcionalidade, que consideram a relação entre o número de vagas total e o número de vagas reservadas a candidatos com deficiência e a candidatos negros.

Art. 5 O órgão responsável pela política de promoção da igualdade étnica de que trata o § 1 do art. 49 da Lei no 12.288, de 20 de julho de 2010, será responsável pelo acompanhamento e avaliação anual do disposto nesta Lei, nos moldes previstos no art. 59 da Lei no 12.288, de 2010.

Art. 6 Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação e terá vigência pelo prazo de dez anos.

Parágrafo único. A presente Lei não se aplicará aos concursos cujos editais já tiverem sido publicados antes de sua entrada em vigor.

O projeto de lei, apresentado na III Conferência Nacional de Promoção da Igualdade Racial representa um grande avanço para a sociedade brasileira baseado na compensação e na redistribuição de renda para o povo negro. Povo esse que construiu o Brasil e que ainda assim vive, em sua grande maioria, a margem da nossa sociedade.

Importante ressaltar que as cotas para negros no serviço público não acabam com o mérito do concurso, tendo em vista que todos, sem exceção, estariam sujeitos as mesmas provas todas as provas que são pedidas: provas objetivas, subjetivas, discursivas, provas de títulos, a depender do caso concreto. Isso quer dizer que os critérios vão permanecer. Não haverá uma flexibilização de critérios para poder beneficiar os negros. O que se quer com essa medida é dar um recado para a população negra no Brasil: não deixe que o racismo limite as suas expectativas de participação na sociedade brasileira.

Lembrando também que as cotas para negros nos concursos públicos, também estão sujeitas ao critério de temporariedade, estabelecido na ADPF 186, de 10 anos para análise da necessidade de sua continuidade ou não.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da exposição, restou claro que a questão das ações afirmativas de cotas para negros no ordenamento jurídico brasileiro está plenamente pautada nos argumentos que regem o princípio da igualdade, disposto no art.5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Ao longo da exposição ficou demonstrado que tal princípio, muitas vezes admite tratamento diferenciado entre as pessoas, mas para ser válido deve, antes de tudo, haver correlação lógica entre o elemento distintivo e o tratamento dispensado, pois assim, esses tratamentos serão admitidos frente ao princípio da igualdade, não confrontando com valores sociais estabelecidos em nosso ordenamento jurídico.

Os argumentos que sustentam as ações afirmativas no Brasil pautam-se no multiculturalismo, justiça compensatória e justiça distributiva. A justiça distributiva foi a mais acolhida na decisão da ADPF 186, onde devemos olhar a situação desigual entre brancos e negros no Brasil e propor ações afirmativas que estabeleçam uma redistribuição de rendas, riquezas e oportunidades para todos os povos, todas as culturas.

No intuito de promover a defesa dos que sofrem preconceito ou discriminação em função da sua etnia, raça e/ou cor, no ano de 2010 foi aprovado o Estatuto da Igualdade Racial que fundamenta e acolhe a política de cotas em vários setores, dentre eles o objeto de nosso estudo: o serviço público. Interpretando o art. 39 desta Lei, cabe ao poder público promover ações que prestigiem os negros no mercado de trabalho, inclusive no setor público.

O referido artigo, a meu ver fundamenta o sistema de cotas para negros no serviço público, e dá uma expectativa ao povo negro de que assim como as mulheres, que por muito tempo tiveram seus direitos suprimidos, mas graças a sua luta conseguiram bons empregos, cargos, etc, os negros, através de inúmeros defensores desse grupo racial tão discriminado, consigam alcançar voos em busca de seus objetivos, tendo o apoio governamental que tanto faltou quando fora decretado a abolição da escravidão.

Contudo, para confirmar as ações afirmativas de cotas para negros no serviço público, fora encaminhado em regime de urgência à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 6738/13, que reserva aos negros vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

Conclui-se que, as ações afirmativas de cotas para negros representa um grande avanço social e, nós negros esperamos cada vez mais, novas medidas sejam tomadas para prestigiar esse grupo social muito discriminado no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Wlamyra de. Uma história do negro no Brasil. Brasília: Centro de Estudos Afro-Orientais Fundação Cultural Palmares, 2006.

AMADO, Jorge. Gabriela Cravo e Canela. Companhia das Letras. 2ª edição. São Paulo. 2012.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Malheiros Editora. 3º ed. São Paulo. 2004.

BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. Editora Dicopel, 1997

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Renovar. Rio de Janeiro. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 19º ed. São Paulo. Ed. Saraiva. 1998.

BERNARDINO, Joaze. Levando a raça a sério: ação afirmativa e correto reconhecimento. In: BERNARDINO, Joaze; GALDINO, Daniela (orgs.). Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. p.15-38

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Substitutivo aprovado pela Comissão Especial destinada a apreciar e proferir parecer ao Projeto de Lei no 3.198, de 2000, que “institui o Estatuto da Igualdade Racial, em defesa dos que sofrem preconceito ou discriminação em função de sua etnia, raça e/ou cor, e dá outras providências”, na reunião do dia 03 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 30 de agosto de 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei no 6738, de 2013, que “Reserva aos negros vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.”
Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=794741194911ECD62194DF1421EB387E.node2?codteor=1177136&filename=Tramitacao-PL+6738/2013>. Acesso em: 30 de setembro de 2013

BUENO, Pimenta. Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império, Rio de Janeiro, 1857.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000

CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade. São Paulo: Unesp, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de Jurisdição e hermenêutica constitucional: no Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 221p

D'ADESKY, Jacques. Pluralismo étnico e multi-culturalismo: racismos e anti-racismos no Brasil. Rio de Janeiro: Pallas, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Teoria Geral do Estado. São Paulo, Saraiva, 2005

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593p.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568p.

DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 689p.

ESSER, Josef. Grundsatz *Und Norm In Der Richterlichen Fortbildung Des Privatrechts*, 4ª tiragem, p. 51 APUD ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 9ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. São Paulo: Malheiros, 1998

GODOI, Marciano Seabra de. Justiça, igualdade e direito tributário. São Paulo: Dialética, 1999

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 444p.

GOMES, Luiz Flávio. Normas, Regras e Princípios: Conceitos e Distinções. Jus Navigandi, Teresina, Ano 9, Nº 851, 1 nov 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7527/normas-regras-e-principios>>. Acesso em: 31 set 2013

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 2003. vol. II.

IKAWA, Daniela. Ações Afirmativas em Universidades. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. pp. 150-152.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes, Ações Afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

KING JUNIOR, Martin Luther. I am a Dream. Washington: 1963

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LOBO, Bárbara Natália Lages. O direito à igualdade na Constituição brasileira: comentários ao Estatuto da Igualdade Racial e a Constitucionalidade das Ações Afirmativas na Educação. Belo Horizonte: Fórum, 2013

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade: Fator de diferenciação elencados pela lei. São Paulo: Malheiros, 2007

MENEZES, Paulo Lucena de. A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 173 p.

MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Dissertação para obtenção do título de mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Brasília, UnB, 2003. 389 p.

NETTO, Menelick de Carvalho. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, 2004

PIOVESAN, Flávia. A compatibilidade das cotas raciais com a ordem internacional e com a ordem constitucional brasileira. In: Audiência Pública: cotas para afrodescendentes nas universidades – ADPF 186 e Recurso Extraordinário 597.285/RS 2010. Disponível em: WWW.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa. Acesso em 14 nov. 2013

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Darcy. O Povo Brasileiro: evolução e o sentido do Brasil. Companhia de Letras, 1995

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da igualdade. Belo Horizonte: Lê, 1990. 124p.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey. 1994.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 15/1996

RODRIGUES, Eder Bomfim. Ações Afirmativas e Estado Democrático de Direito: uma releitura a partir da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos e da problemática do mito da democracia racial em "Casa Grande & Senzala" no Brasil. Dissertação de Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2008.

SAMPAIO, João Adércio Leite. Direitos Fundamentais: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SKIDMORE, Thomas E. Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 296.

VICENTINO, Cláudio; Dorigo, Gianpaolo. História Geral e do Brasil. São Paulo: Scipione, 2011

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Ações afirmativas e o princípio da igualdade. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. 93p.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos Fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Direito GV/Malheiros, 2006. p. 376.